

P O R

D. FRANCISCO DE MONTENEGRO PREBE, SVCCESSOR DEL MAYORAZGO QVE

fundaron Iuan Baptiſta Prebe, y Doña Aurelia
Digueri ſu muger.

EN EL PLEYTO CON

DON FRANCISCO DE TORRES AROCA Y FAXARDO,
Cavallero del Abito de Santiago, como padre, y legitimo
adminiſtrador de D. Ioſeph de Torres.

Y CON

DON ENRIQVE PELERAN, Y D. MIGVEL ANTONIO
de Montenegro, como marido, y conjunta perſona de Doña
Manuela Corbari, que como terceros han ſalido
à eſte pleyto por las legitimas de Doña
Tomaſa, y D. Ana Prebe.

N.1. Vnque en la instancia de vista se diò à los Señores Juezes que vieron este pleyto, papel impresso, en que los Abogados de Don Francisco Montenegro recogieron en mas sucinto metodo las defensas que avian hecho en estrados al tiempo de la vista, en que adelantaron quanto fue posible à cada vno en el afecto de desempeñarse: aora en la de revista ha parecido preciso proponer à la especulacion de los Señores Juezes que lo tienen visto, en esta instancia las consideraciones que despues se han ofrecido, con los motivos de la sentencia de vista, pues siendo la pretension de Don Francisco Montenegro directamente, que el mayorazgo que fundaron Juan Baptista Prebe, y Doña Aurelia Digueri su muger, es vno solo indivisible, y que la jurisdicuion, Señorio, y vassallage de la Villa de Cullar, que se comprò para èl, le toca, y pertenece por la qualidad de primogenito que le assiste, no tan solamente no se declara en la sentencia la vnidad de este mayorazgo, sino se supone dualidad, pues por ella se mandan administrar todas las fincas, è hypotecas sobre que se impuso el censo de Cartagena, tomar quentas, cobrar los alcances, pagar lo que se està debiendo, y debiere de alimentos corrientes, y de lo que sobrare se vaya reintegrando el mayorazgo principal de los 6ɥ. ds. de renta en cada vn año; y que por aora, y en el interin que estàn impuestos, y corrientes los diez mil ducados de renta, los seis mil para el primero mayorazgo, y los quatro mil para el segundo, se sequestre la jurisdiccion de la Villa de Cullar en la Sala; cuyos supuestos se oponen à la pretension de Don Francisco, que aunque no hazen cosa juzgada, porque no son precisamente necessarios para lo que se determina por la sentencia, ad ea quæ tradunt DD. & præcipuè D. Salgad. *labyr. p. 3. cap. 1. à nu. 73. vsque ad 98.* por lo menos producen alguna luz de que el concepto de la sentencia de vista fue de dos mayorazgos. Y para que en la de revista se haga el concepto de vn mayorazgo, como en la verdad lo es, y se determinen las pretensiones deducidas por Don Francisco Montenegro, assi en quanto à esto, como en quanto à la jurisdiccion, Señorio, y vassallage de la Villa de Cullar, mandando alçar el sequestro, sin apartarnos de la division, y metodo que seguimos en nuestro primero papel, discurrirèmos en este los fundamentos que assisten à la justicia de Don Francisco Montenegro.

DISCVRSO PRIMERO

QVE LA VOLVNTAD EXPRESSA, Y CONGETVRADA DE JVAN BAPTISTA Prebe, y Doña Aurelia Digueri su muger, fue de hazer mayorazgo vnico solo indivisible para el hijo primogenito, y que solo quisieron que la renta fuesse divisible entre el primogenito, y secundogenito.

N.2. ESte concepto de voluntad expressa de los Fundadores de que este fuesse vn solo mayorazgo, se probò con evidencia en nuestro primero papel à num. 7. y ademàs de lo referido alli, se deduce claramente de la fundacion, pues teniendo experiēcia los Fundadores, que quedando agregados, è impartibles los bienes permanecen, y se aumentan, y se siguen los otros fines que consideraron, dixeron, que avia muchos dias que deseavan hazer mayorazgo, y vinculo de sus bienes en favor de Don Andres, y de Don Augustin Ignacio Prebe sus hijos, y de los otros llamados, despues de ellos, en cuya conformidad desde luego hizieron gracia, y donacion à los dichos sus hijos.

N.3. Y aunque en la nuda superficie de estas palabras se reconoce en la disposicion, y fundacion de este mayorazgo vna conjuncion mixta re, & verbis entre Don Andres Prebe, y Don Agustin Ignacio su hermano, y que mediante ella se debe considerar la donacion hecha à cada vno insolidum, *ex leg. Mevio in princip.* vers. *Totus, ff. de legat. 2. leg. coniunctim, ff. de legat. 3. leg. vnica, §. Vbi autem, C. de caduc. tolend.* Cancerius *lib. 3. variar. cap. 22. num. 4. 64. & 207.*

N.4. Y que concurriendo ambos à

la sucessión de este mayorazgo han de hazer partes por el concurso, segun la que se le señalò à cada vno.

N.5. Y que cada vno de por si puede dezir que tiene derecho à todo el mayorazgo indivisible, *ex text.in leg.plane*, *§. Si duobus*, *ff.de legat*.1. vbi notat Bartol. & cum alijs Cancer.*tom.3.variar.cap.22.num.*207.porque aunque no se divide la disposicion ex voluntate hominis, attamen ex dispositione leges se divide, *ex leg.reos*, *§. Cum in tabulis*, *ff.de duobus reis*, & pluribus probat Anton.Gomez,*tom.1.variar.cap.*10 *num.26*.

N.6. Y la copula, *&*, posita inter personas æqualiter dividit, y cada vno por al concurso haze paces iguales, ita quod idem sit de vno, quod de altero ex copulatis, vt pluribus probat Roxas, *de incompatib. p.5.cap.4.n.21*.

N.7. Esto solamente puede proceder en las cosas divisibles, pero no en los mayorazgos, que por su naturaleza son individuos; porque como en estos no se puede verificar la division que haze la ley, parò el concurso, porque la resiste la voluntad del Fundador del mayorazgo, y esta es mas poderosa para que obre la vnion, è indivisibilidad del mayorazgo, que no la copula, *&*, para que obre por disposicion de la ley la division, vt aperte colligitur ex *text.in leg.si Titio* 10.*ff.de vsufruct.legat*.inde probenit que excluida la division que introduce la ley, se anteponga la vnidad, è indivisibilidad que contemplò, y quiso el Fũdador, vt eleganter probat Roxas, *de incompat.p.5.cap.4.n.*13.14.*&* 15.

N.8. Y assi dixeron Bald. y Paulo de Castro, *in leg.si plures sint* 10.*ff. de pactis*, que quando vno haze vna donacion à dos, *quorum nomina simul facta sunt*, scilicet, *scripta*, vt advertit glos.ibi, y à cadavno de ellos insolidum de vna misma cantidad, que la donacion es vnica; y si excede de los quinientos sueldos, se ha de insinuar, y los donatarios *vnius loco numerabuntur*, *quia vnum debitum est*; y que aunque se divida el efecto de la donacion, sin embargo ella en si es vnica; porque aunque quoad exactionem plura debita deci possunt propter plures personæ quibus debetur; vt sentit glosa. Atamen en quanto à la sustancia de la donacion, el numero de las personas à quien se haze no la multiplica, y para todos los efectos que nacen de ella, se tiene, y considere por vnica, vt ex Romano, & Crementte, notat Gotefred. *in leg.sancimus* 34. *§. Si quis autem*, *C.de donationibus*, *litt.E.*

N.9. Y Tiraquel.*de primogen.q.4.n.*55.à quien refiere Incrigiolo *de feud. q.39. num.*101.dize, que quando el Principe concede à dos vn feudo de dignidad, que por su naturaleza es indivisible, ò se ha de dezir, que el Principe le quiso quitar la primera naturaleza de individuo, è imponerle de nuevo *naturam divisibilem*, para que cada vno pro virili parte lo gozasse; ò se ha de dezir, que no lo quiso conceder como feudo de dignidad: porque *vna eademque dignitas non potest pluribus dari*, *quia esset monstruosum esse duo capita in eodem corpore*, *ex leg.* 1.*& ibi glos.C.de Metropoli Berito*, *lib.*11. vbi Joann.de Platea.

N.10. Y como en el caso de este pleyto la voluntad congeturada, y aun la clara, y expressa de los Fundadores fue de fundar vn mayorazgo, y assi lo repitieron geminadamente por todo el contexto de la escritura de fundacion, no tan solamentè deseando la vnidad en el mismo mayorazgo, sino tambien en los bienes de èl, pues dixeron, que su animo, y voluntad era que el dicho censo, sobre que lo fundavan, llegue à ser de diez mil ducados de renta en cada vn año, para cuyo aumento dieron forma à los empleos que se avian de hazer para la consecucion de este fin; y quisieron que lo gozassen, y posseyessen sus hijos, *es à saber el dicho Don Audres Prebe los seis mil ducados de renta del dicho censo*, *y el dicho Don Agustin Ignacio Prebe los quatro mil ducados restantes, cumplimiento à los diez mil de este dicho mayorazgo*; esto no se puede dezir que fue imponerle al mayorazgo *naturam divisibilem*, esto es haziendo dos mayorazgos, porque esto repugna à la voluntad expressa de los Fundadores.

N.11. Y menos se puede dezir que no lo quisieron conceder como mayorazgo, pues esta fue siempre la voluntad expressa, y mente de los Fundadores, en que no ay, ni puede aver cosa en contrario.

N.12. De que se sigue, que vna eademque dignitas, y en nuestro caso vn mismo mayorazgo indivisible, non potest pluribus dari, quia esset monstruosum esse duo capita in eodem corpore, & quia individuitati, & naturali maioratus naturæ directo repugnat, vt posit esse penes duos, vt ex D.Molin.*lib.1.cap.1.num.6*.observant Add.

lib.2.

*lib.2.cap.*10.*num.*74. verſ. *In tertio, & vltimo caſu.*

N.13. Y para evitar eſta monſtruoſidad diſpuſieron los Fundadores, que Don Andres poſſeyeſſe los ſeis mil ducados de renta del cenſo, y Don Aguſtin los quatro mil; y aunque dixeron *en eſta conformidad lo han de poſſeer*, en que parece hizieron relacion al mayorazgo, como mas inmediato en la oracion, ſin embargo eſta relacion no ſe puede, ni debe hazer al mayorazgo, ſino ſolamenre al cenſo; y que eſta fueſſe la mente, è intencion de los Fundadores, ſe manifieſta de las vozes que vſaron para la expreſsion de ſu concepto, pues dixeron *lo han de poſſeer, y gozar*, y eſtas vozes no pueden verificarſe con propiedad en el mayorazgo, que no es mas que vn ius ſuccedendi in bonis, Molin. *de primogen. lib.*1. *cap.* 1. *numer.*22. Que es incorporal ſobre que no cae la facultad de poſſeer, y aſsi ſe ha de entender preciſamente, que los Fundadores quiſieron que eſte *ius ſuccedendi in bonis*, que es lo que inſtituye mayorazgo, fueſſe vnico, è indiviſible, y que lo que avia de poſſeerſe, y gozarſe por ſus hijos avia de ſer el cenſo, y los reditos dèl, que en eſto ſolo pueden caer, y verificarſe los actos de la poſſeſsion que quiſieron tuvieſſen.

N.14. Demàs, que el contexto de toda la clauſula es dar forma como ſe han de diſponer los empleos, y agregaciones para que el cenſo llegue à ſer de renta de diez mil ducados en cada vn año, en tal manera que la renta no mengue, ni ſe diſminuya, ſino que ſiempre ſe conſerve, cuya diſpoſicion, y execucion encargan à los llamados, con excluſion de la ſuccesſion al que no lo cumpliere, y en eſta conformidad dizen los Fundadores lo han de poſſeer, y gozar ſus hijos; luego preciſamente ſe debe dezir que la diviſion que hizieron no quiſieron que cayeſſe ſobre el mayorazgo, porque en quanto à èl, ya tenian expreſſado ſu animo de que avia de ſer vno ſolo, è indiviſible, ſino ſolamente ſobre la renta de el cenſo, que en eſta ſolamente avia de ſer la diviſion en la forma que la diſpuſieron.

N.15. Y eſte concepto ſe manifieſta con total expreſsion en la clauſula en que los Fundadores diſpuſieron, que ſi Don Andres murieſſe ſin hijos, ſucedieſſe en los ſeis mil ducados de renta Don Aguſtin Ignacio; y ſi eſte murieſſe ſin ſuceſsion, ſucedieſſe Don Andres en los quatro, conſervandoſe perpetuamente el mayorazgo individuo aun en la renta en cada vno de ellos, y en ſus deſcendientes, y por ſu falta en las hijas de los Fundadores, y en los ſuyos; y faltando toda ſu deſcendencia legitima, aun avia de quedar individuo el mayorazgo, y divido por mitad en la renta de cada cinco mil ducados ſucedieſſen en vna parte los parientes del marido, y en la otra parte los de la muger, y à falta da vnos, y otros ſucedieſſe el Convento de San Iſidro del Orden de Santo Domingo, en la vnidad del mayorazgo, y de ſu renta; y aſsi lo expreſsò la Fundadora quando dixo: *Suceda en los dichos cinco mil que me tocan de eſte dicho mayorazgo el dicho Convento de Señor S. Iſidro de eſta Ciudad.*

N.16. Y en eſta inteligencia de ſer vnico el mayorazgo ſe impetrò la facultad Real para ſu confirmacion por Deodato Imperial, tutor, y curador de D. Andres, y de D. Aguſtin, y por ella dize ſu Mageſtad, que aprueba la eſcritura de fundacion del mayorazgo de diez mil ducados de renta en cada vn año, que otorgaron Juan Baptiſta Prebe, y Doña Aurelia Digueri ſu muger, ſegun y como en ella ſe eſpecifica, contiene, y declara; y ſiendo la aprobacion de ſu Mageſtad la que conſtituye el mayorazgo, porque ſin ella no lo fuera, determinada à ſolo vn mayorazgo, es impoſsible que ſean dos.

N.17. Y aunque Juan Baptiſta Prebe otorgò ſu teſtamento en el miſmo dia en que ſe otorgò la eſcritura de fundacion, y Deodato Imperial, en virtud de el poder que para teſtar le diò Doña Aurelia, hizo ſu teſtamento, y en las clauſulas de vno, y otro teſtamento, y en las del codicilo, que 19. dias deſpues de la fundacion otorgò Juan Baptiſta Prebe, ſe haze relacion de vn mayorazgo, y ſe dize, que D. Andres Prebe es primero llamado al mayorazgo de ſeis mil ducados, y D. Aguſtin Ignacio al mayorazgo de quatro mil; eſto no pudo alterar la fundacion, y conſtitucion del mayorazgo, que por ella era vnico, y como tal mayorazgo vnico lo avian acetado antes el miſmo dia de la fundacion, y en la miſma eſcritura D. Andres, y D. Aguſtin Ignacio, con cuya aceptacion quedò perfecto, è irrevocable el mayorazgo en ſer de vnico, ſin que deſpues por acto alguno en contrario ſe le pudieſſe quitar eſta naturaleza, *ad text.*

in leg.perfecta Donato, *C.de donationibus quæ sub modo, vel Cond.* & D.Castill. *lib.*3 .*cap.*10.

N.18. Además, que quando esto pudiera tener alguna duda, que no la tiene, la aprobacion y confirmacion de su Magestad, que por la facultad intervino, solo recayó sobre la vnidad del mayorazgo, que en la escritura de fundacion repetidamente se dixo se fundava, y esta no se puede estender à dos mayorazgos, *quia gratia non extenditur vltra quam loquitur DD.in leg.Gallus, §.Et quod si tamen, ff.de liber.& posthum.* Antunez, *de donat.Regijs, lib.*1.*p.*2.*cap.*29.*n.*90. porque es strictissimæ naturæ, & in strictori sensu admittenda, & interpretanda, vt pluribus probat D.Salgad. *in labyr.p.*2.*cap.*4.*à nu.*12. y no se puede estender à aquello de que no se le hizo relacion al Principe, ni fue su intencion confirmarlo, vt ipse Dom. Salgad. *probat in labyr. p.*2. *cap.*17. *nu.*55. *&* 56. late D.Castill. *lib.*5 .*cap.*89. *à n.*201. D. Solorç. *de iur.Ind.lib.*2. *tom.*2. *cap.*26. *n.*56. *cum leg.vsque ad n.*60 .*in fine.*

N.19. Y su Magestad aprueba, y confirma la fundacion del mayorazgo en todo, y por todo, y como en ella se contiene, y declara, segun, y en la forma, y manera, y con las condiciones, vinculos, gravamenes, fuerças, y firmeças con que la hizieron, y otorgaron los dichos Juan Baptista Prebe, y Doña Aurelia Digueri, como si todo ello lo huvieran hecho, ordenado, y establecido con facultad mia; y assi como teniendo vna facultad para fundar mayorazgo, no pudieran fundar dos, vt probant D.Molin. *de primog.lib.*2.*cap.*4. *num.*47. *cum seq.* vbi Addentes, *& lib.*2.*cap.*10.*nu.*74. *in fine*, D.Castill. *lib.*5 .*cap.*121. *nu.*56. vers. *Sic nec placere.* De la misma manera, siendo la aprobacion, y confirmacion de vn mayorazgo, no se puede dezir que se ha de estender à dos, quia ad vnum tantum primogenium instituendum facultas concessa est in singulari, non in plurali, atque ita singularis ad pluralem trahi non potest, vbi non est eadem ratio, nec æquitas sugerit, ex natura rei, atque concedentis præsumpta voluntas repugnat, vt inquit ipse D.Castillo; y siendo la confirmacion de vn mayorazgo, no se puede dezir que el Principe quiso que fuesse para dos, quando nec in petitione, neque in concessione de duobus facta fuit mētio, sed ad faciendum maioratum in singulari numero petita, & concessa fuerit facultas, vt notavit Pelaez de Mieres, *de maiorat.p.*1. *q.*7.*n.*3. porque la voluntad del Principe in eo potissimum versari solet, scilicet, vt ipsius maioratus institutoris familia, atque eius memoria conservetur, nec in plures successores dividatur, atque destruatur, sintque viri nobilis, atque ditissimi, qui rempublicam tueantur, que ratio non adeo militat in plurium maioratuū, sicut in vnius institutione, non enim memoria adeo ex pluribus maioratibus modicis, sicut ex vno ditissimo conservari solet, vt observat D. Molin. *de primog.lib.*2.*cap.*4.*n.*49.

N.20. Y aunque la ley de partida 12.*tit.fin.p.*7. supone que se puede dividir la primogenitura, y aquel honor que se le debe al primogenito por ella, quando no puede ser sabido entre dos à quien toca; de qua late agit D.Vela, *tom.*1.*discept.*4.*à n.*22. esto no puede obstar à la pretension de D. Francisco Montenegro, porque loquitur in casu speciali, & eius decisio, & ius est singulare, & cum peculiari ratione introductum, ideo non venit in consideratione, nec ad consequentiam trahi debet, ita Roxas *de incompat.p.*5 .*cap.*4.*n.*19. además, que no puede ser aplicable à este pleyto, en que no se duda, ni puede dudar de la primogenitura de D.Andres Prebe, à quien representa D. Francisco Montenegro.

N.21. Y en el caso de la ley no se divide la primogenitura, hoc est; illud ius, sino tan solo quoad commoditatem, entre aquellos que se hallan con derecho igual insolidum, que es mas; y el derecho reside en ambos. Additio ad Roxas, *de incompatib.* 2.*p.cap.*5. *num.*29. ibi: *Adverto tamen quod quamvis maioratus dividatur; hoc casu divisio fieri debet quoad commoditates, non quoad ius, uam persona ficta, quam induit possessor, vel successor maioratus in vtroque insolidum residet, sicut diximus de hæreditates apud duos hæredes, vel de re insolidum duobus coniunctim legata, quod exemplum ad rem aptissimum est. Eademque ratione iurisdictio divisa inter duos apud vnum quemque insolidum residet exercitio divise*; cum Galeota, & alijs Balmased. *de collect.q.*90.*nu.*4.*&c.* Et sic *non oberit naturæ maioratus divisio facta, quæ aliàs cum ea compati non posset ex Auct.*1.*p.cap.*2.*n.*93. *&* 5.*p. cap.*4.*n.*16.

N.22. Oponese de contrario à lo referido, que Juan Baptista Prebe en su testamento, haziendo relacion de D. Andres su hijo, dixo: Que era el primero llamado al mayorazgo de seis mil ducados, y que Don

Igna-

Ignacio era el primero llamado al mayorazgo de quatro mil ducados; y que por otras clausulas de sus codicilos tambien le llamò mayorazgos; con que no parece quisieron fuesse vn solo mayorazgo, y mas quãdo reservaron facultad para alterarlo.

N.23. Respondese lo vno, que no se inobò por los Fundadores en cosa alguna de lo que dexavan dispuesto, como por los mismos testamentos se vè, pues aunque es cierto que el Fundador dixo, que Don Andres era el primero llamado al mayorazgo de seis mil ducados, y que D. Ignacio era el primero llamado al mayorazgo de quatro mil ducados, el fin para que lo expecificò en la forma referida fue, como consta por las clausulas 21. y 22. para gravarles, à Don Andres desde el dia que entrasse à gozar su porcion de seis mil ducados, con que de ella diesse cada vn año al Convento de Señor S. Diego cinquenta ducados de limosna, y à Don Ignacio, para que de su porcion de quatro mil ducados hiziesse dezir cada año cierto numero de Missas: no emperò por esto es visto quiere que sean dos mayorazgos, si que la porcion que à cada vno señalò de renta vinculada tuviesse la carga que le imponia, y à este fin expresso, y formal es la relacion que haze de mayorazgos: no empero à fin de hazer de vn mayorazgo dos mayorazgos, porque tal cosa, ni la manifestò, ni la imaginò.

N.24. Y lo otro, porque estas clausulas en lo que hazen mencion de mayorazgos, son essencialmente relativas al cõtrato de mayorazgo que èl, y su muger aviã fundado en favor de sus hijos, clausula 21. ibi: *Mando que D. Andres Prebe mi hijo legitimo, y de la dicha Doña Aurelia Digueri mi muger, por quanto le instituimos vinculo, y mayorazgo de cierta cantidad de bienes en que ha de suceder, COMO POR EL PARECERA, sea obligado, &c.* Luego la remissiõn à la fundacion es formal, y expressa, pues dize, que por ella constarà; con que à lo que se debe estar, conforme à su voluntad en quanto à mayorazgos, es al instrumento relato, que es la fundacion que èl, y su muger avian hecho: *Sed sic est*, que por ella solo consta aver fundado vn mayorazgo de diez mil ducados de renta, consignando seis al vno, y quatro al otro; y esto es solo lo que aprobò su Magestad, no testamento, ni codicilo; igitur es solo vn mayorazgo, y no dos; la razon juridica es, porque la verdad, la mente de el instrumento referente, que son estas clausulas del testamento, se ajusta, y verifica por la verdad del instrumento relato, que es la fundacion que ambos hizieron, *text. in l. si quis sub conditione, ff. vt legatorum nom. l. asse toto, ff. de hæredibus inst. authent. si quis in aliquo documento, C. de edendis.*

N.25. Excelente lugar que prueba el intento el de Pareja, *de instrum. ædit. tit. 7. resolut. 9. per totam spetialiter à num. 30.* mas copioso lugar el *cap. 5. del señor Castillo, lib. 6. de tertijs spetialiter à n. 8. cum seqq.* y el *cap. 33. lib. 4. spetialiter à n. 36. & lib. 3. cap. 15. à n. 38.* dõde se hallarà que con muchissimos Autores, y fundamentos juridicos defienden que la verdad del instrumento referente, y su mente se concibe, y verifica por lo contenido, y expressado en el instrumento relato; y afirman, que si en el instrumento referente se refiere alguna cosa que desdiga del instrumento relato, se ha, y debe entender que fue dicha *ad alium finem, vel per errorem*: *igitur* si en el instrumento relato solo concibieron, y fundaron vn mayorazgo, como de èl mismo consta, y queda probado es visto que el aver dicho el Fundador en las clausulas del testamento mayorazgo de seis mil ducados, y mayorazgo de quatro, fue *ad aliũ finem*; hoc est, para efecto de gravarle à cada vno la porcion vinculada que le dexava con los gravamenes de limosna, y Missas.

DISCVRSO SEGVNDO

QVE CASO QVE FVESSEN DOS MAYORAZGOS LA VILLA DE CVLLAR, Señorio, y vassallage de ella, con todo lo que le pertenece, toca al primero mayorazgo de seis mil ducados de renta, y à D. Francisco Montenegro, como posseedor dèl.

N.26. DEl contexto de la fundacion se reconoce clara, y evidentemente, que la voluntad de los Fundadores fue de fundar mayorazgo de vn censo de

ciento

ciento y veinte mil ducados de principal, cuyos reditos à feis por ciento, rentavan en cada vn año fiete mil y dozientos ducados; porque aunque no eftava cumplida toda la cantidad de la fuerte principal de efte cenfo, y folamente avian dado, y entregado à la Ciudad fetenta mil ducados, los cinquenta mil que faltavan los avian de entregar infaliblemente, porque afsi eftava tratado, y pactado por efcritura.

N.27. Y refpeto de que fu animo, y voluntad era que la renta del dicho cenfo llegaffe à fer de diez mil ducados en cada vn año, dieron forma para efte aumento, que avia de fer en efta manera.

N.28. Que de los reditos que fueffen corriendo de efte cenfo de 120ɥ. ds. fe juntaffen 56ɥ.ds. los quales fe avian de emplear en bienes rayzes, de que pudieffen proceder 2800.ds. de renta, y penfion, y eftos defde luego los agregaron al vinculo, y mayorazgo con los 7ɥ200.ds. que avia de rentar el cenfo de los 120ɥ.ds. y en efta cõformidad difpufieron lo avian de poffeer, y gozar D.Andres, y D.Aguftin fus hijos, D. Andres los 6ɥ. y D.Aguftin los quatro.

N.29. Murieron los Fundadores el año de 634. fin aver impuefto en el cenfo mas que los 70ɥ.ds. el mifmo año entrò à adminiftrar la hazienda Deodato Imperial, y entregò à la Ciudad 25ɥ.ds. conque llegò el principal de el cenfo à 95ɥ. ds. que à feis por ciento redituavan en cada vn año 5ɥ700.ds. y folo faltavan 200.ds. de renta para cumplir los 6ɥ. de el primero mayorazgo.

N.30. Los demàs adminiftradores que le fucedieron no emplearon cantidad alguna, hafta que D.Francifco Roco Montenegro, abuelo del que oy litiga, comprò la Villa de Cullar el año de 641. en 37ɥ.ds. de plata, y pagò en contado 17ɥ600. y quedò debiendo à la Real haziẽda los 19ɥ400. reftantes.

N.31. Con 6ɥ.ds. de eftos 17ɥ600 que fe pagaron en contado, quedò reintegrado el primero mayorazgo en fu capital de 101ɥ.ds. para que à razon de à feis por ciento produxeffe los 6ɥ.ds. de renta que avia de tener.

N.32. El año de 645. defeando todos los intereffados en efte caudal efcufar las coftas, y gaftos que fe caufavan en la cobrança de lo que fe reftava de la compra de la Villa de Cullar, fe convinieron en que para hazer pago à fu Mageftad de los diez y nueve mil y quatrocientos ducados que fe reftavan, fe vendieffen todos los bienes libres que avian quedado de los Fundadores; y regulando las legitimas de Doña Tomafa, y Doña Ana Prebe en 22ɥ.ds. por los reditos de ellas, y en el interin que no fe les dava fatisfacion, les confignaron 1ɥ100.ds. de renta en cada vn año, en los reditos del cenfo de 95.ds. de Cartagena.

N. 33. Hecha efta confignacion, quedò reducido el cenfo de Cartagena à 73ɥ.ds. de fu principal, ò por lo menos à redituar para el primero mayorazgo quatro mil y feifcientos ducados, 1ɥ400. ds. menos de los 6ɥ. de fu dotacion.

N.34. Con que para reintegrar el primero mayorazgo de la dotacion que avia de tener, le faltavan 6ɥ.ds. quando fe comprò Cullar; y defpues que fe hizo la tranfaccion el año de 45. le faltaron para fu renta 1400.ds. y aviẽdofe de hazer la agregacion de lo que faltava, para que el cenfo llegara à fer de 10ɥ.ds. de renta en cada vn año, *como fe fueffe comprando*, luego que fe comprò la Villa de Cullar quedò agregada al primero mayorazgo por los 6ɥ.ds. que le faltavan para fu cumplimiento, y por los 22ɥ.ds. de las legitimas, de que avia de pagar 1ɥ100. de reditos.

N.34. Y que por los 22ɥ.ds. de las legitimas quedaffe tambien agregada la Villa de Cullar es cierto, porque aunque la confignacion de los 1ɥ100.ds. de fus reditos fobre el cenfo de 95ɥ.ds. de Cartagena no quitò, ni pudo quitar al primero mayorazgo lo que ya fe le avia adquirido, mediante la agregacion que difpufieron los Fundadores, y folo diò à las perfonas à quiẽ fe hizo la confignacion vn mero derecho, y accion perfonal para cobrar de el cenfo de Cartagena los 1ɥ100, ds. de fu confignaciõ, ad late tradita per D.Salgad. *labyrint. p.*1. *cap.*10. *à n.*1. D.Olea *de ceſsion. iur. tit.*6. *q.*8. *num.*11.

N.35. Attamen, en lo que toca à las rentas, no es dudable que por la confignacion quedaron diminuidas para el primero mayorazgo en los 1ɥ100.ds. de la confignaciõ; porque aquello valen menos quanto honeribus gravatæ funt, vt probant Dom. Salgad. *labyr. p.*3. *cap.*11. *à num.*3. novifsimè Pardo Maldonad. *de fecunda fuplicat. tit.* 3. *q.*11. *n.*21.

N. 36. Y fiendo la voluntad ex preffa

pressa de los Fundadores, que Don Andres gozasse, y percibiesse los 6ꝟ.ds. y D.Agustin Ignacio los 4ꝟ.restantes, clare colligitur, que quisieron que el mayorazgo de D. Andres quedasse primero fundado, no solo en quanto al capital, sino tambien en quanto à la renta de 6ꝟ.ds. pues aviendo de ser los 4ꝟ.restantes para el segundo mayorazgo, precisamente se ha de suponer fundado el primero con 6ꝟ.ds.de renta, *ex leg.si ita quis, §.Scio, ff.de verbor.obligation.* vbi: *Facta mentione reliqui pretij infertur partem esse solutam*, vt inquit Surd.*cons.*308. *n.*42. *vol.* 3. &cũ alijs D.Larrea, *alleg.*81.*n.*10. *Cum aliter superior pars*, hoc est, la vltima parece, *iure haberi non posit, quam si inferior*; hoc est, la primera parte, *iure quoque habeatur*, *ex leg.egi tecum 26.ff.de except.rei iudicatæ*, optime D. Vela, *dissert.*42.*n.*73.*à nobis in prima allegat. relatus, n.*57. Giurba, *ad consuetudin. Messan. cap.*2.*glos.*3.*n.*3. D.Valenç.*cons.*21.*n.*29. D. Castill.*lib.*4.*cap.*16.*à n.*16.

N.37. Præcisse dicendum est, que para cumplir la dotacion del primero mayorazgo en los 6ꝟ.ds.que le faltavan, se le adquiriò pro rata de esta cantidad la Villa de Cullar, y para reintegrarlo en los 22ꝟ. ds.de las legitimas que por la consignaciõ se le diminuyeron, se le adquiriò otra tanta cantidad, pues tanto le debe dar esta reintegracion, quanto le quitò la consignacion, *ex text.in leg.fin.C.de sententiam pasis*, vt notat D.Salgad.*de Regia protect.p.*4.*cap.*9.*nu.* 199. D.Antunez de Portugal, *de donationib. Reg.p.*2.*cap.*29.*nu.*68.*&* 77. D. Præses Valenç.Velazq. *cons.*44.*n.*34. porque de otra manera no se observara, ni cumpliera la voluntad de los Fundadores, que quisieron se fundasse, y dotasse primero el mayorazgo de 6ꝟ.ds.de renta, que el de quatro, pues en el orden Arismetico primero son los seis que los quatro que han de cumplir el numero de diez, nam secũda causa debet agere suum effectum ex vi primæ causæ, *leg.Tutor, ff.de fideiussoribus, leg.qui id quod, ff.de donationib. à primordio enim tituli posterior formatur eventus, leg.*1.*C.de imponend.lucat. descrep.lib.*10.

N.38. De aqui se reconoce que el primero mayorazgo tiene en la Villa de Cullar 28ꝟ.ds. los seis para cumplir los 101ꝟ.que han de producir los 6ꝟ.de renta, y los 22ꝟ.para cumplir, y pagar los reditos de 1ꝟ100.ds. de las legitimas que por el mismo caso de quedar estos consignados sobre el censo de 95ꝟ.ds.de el mayorazgo, fue visto entregarle al mismo mayorazgo, qui personam fictam habet, vt plene probat D.Salgad.*labyr.p.*2.*cap.*22.*à n.*89. Valeron. *de transact.tit.*4.*q.*2.*n.*51. la suerte principal correspondiente; pues de otra manera no pudiera tener efecto la consignacion, ni la paga de los reditos, *ad text.in leg.pecuniæ fœnebris, leg.placuit, ff.de vsuris, leg.eos 26. §.fin. in fin.C.eodem*, Rodriguez, *de reditibus, lib.*2. *q.*18.*n.*12. porque si no se le diera el aumento de los 22ꝟ.ds.en Cullar, no se le pudiera cargar la diminucion de los reditos, *ex text. & ibi glossa in leg.in quantitate 74.ff.ad leg. falcid.* à que el mayorazgo quedò obligado, siendo el fundamento essencial de esta obligacion el adquirir para si el mayorazgo la suerte principal correspondiente à los reditos à que quedava obligado, vt ex Dom. Molin.probat D.Castill.*lib.*4.*cap.*35.*n.*63. *vers.Secundo de inde*, quem refert Valeron. *de transact.tit.*4.*q.*2.*num.*36.*& alios plures, num.*31.

N.39. Esto supuesto, y que la Villa de Cullar se comprò para los hijos, y herederos de los Fundadores (porque aora no nos queremos valer de lo que fundamos in nostra prima allegatione, num.31. & 32.dõde con la grande autoridad del señor Don Francisco Salgado, y otros, probamos que ex eo, que la compra de Cullar se hizo con el dinero que estava destinado por los Fundadores para los empleos se adquiriò al mayorazgo) no se puede negar que por vna parte se le adquiriò à D.Andres, como vno de quatro herederos, y tambien por las partes que tocaron à Doña Tomasa, y à Doña Ana Prebe, pues luego que estas dieron sus legitimas para acabar de pagar el precio en que se avia comprado, reservando la renta correspondiente sobre el censo de Cartagena, que era de Don Andres; à este precisamente se le adquirieron estas dos partes; y la otra parte solo fue la que se le adquiriò à Don Agustin; con que Don Andres vino à tener tres partes en Cullar, y D. Agustin vna.

N.40. Y respecto de q̃ tener jurisdiciõ, Señorio, y vassallage es dignidad, vt probant Bart.*in leg.*1.*C.de Dignitat.lib.*12.& ibi Joann.de Plata, & Lucas de Pena, *in rubr.* & loquens in iurisdictione Tiraquel.*de nobilitate cap.*28.*per totum*, Marin.Frur.*de subfeud. lib.*2.*tit.* quis dicatur Baron.*nu.*32. Giurb. *ad cons.Mesan.cap.*1.*glos.*7.*num.*47. Mieres,

part.1.q.1.num.12.& 13.cum seqq. en Señorio, *lex 11.12.& 13.tit.1.p.2.* D.Pedro Gonçalez de Salcedo, *theat.honor.glos.3.per tot.& glos.25.à num.42.* en vassallage, Gregor.Lop. *in leg.2.tit.2.p.7.glos.10.sub q.2.& in leg.32.tit.9.p.6.glos.3.q.8.& in leg.13.tit.2.p.2.glos.3.* Aceved. *in rubrica tit.2.lib.6.Recop.num.146.* & omnia complectens Bobad. *in polit.lib.2.cap.16.à n.23.vsque ad 40.*

N.41. Y esta es indivisible, ratione iurisdictionis plura tradit Tiraqu. *de primog.q.4.à num.50.* Fontanel. *de pactis nuptialibus, clausul.4.glos.9.p.2.num.20.* Morquecho, *de divis.bonor.lib.1.cap.5.n.5.* D.Solorç. *tom.2.lib.2.cap.4.num.53.& lib.3.cap.17.num.49.* ratione Domini *lex 1.tit.1.p.2.* ibi: *El Señorio no quiere compañero, leg.2.tit.25.part.4.* & ibi Gregor.Lop. & ratione vassallagij Mieres, *p.1.q.26.num.103.* Gregor.Lop. *in leg.8.tit.25.p.4.glos.2.& in leg.3.tit.26.p.4.glos.6.*

N.42. Aunque sea libre de vinculo y mayorazgo, vt probant D.Molin. *lib.1.cap.11.num.25.* ibi: *Dignitates namque huiusmodi, sive in feudum, sive libere concessæ sint, semper individuæ esse debent,* loquitur D.Castill. *lib.5.cap.159.n.5.* D.Salced. *theat.honor.glos.32.à n.12.*

N.43. Asi no es dudable que la dignidad del Señorio, jurisdiccion, y vassallage de la Villa de Cullar, aunque no se cõsidere agregada al mayorazgo, sino como libre, tocò, y perteneciò à D.Andres Prebe, como à hijo mayor, vt probant Bald. *in cons.375.lib.2.* vers. *Nam si duo,* ibi: *Nam si duo sunt Comittes, de iure communi, comittatus bene est communis inter eos, sed non partibilis, quia Dignitates non recipiunt sectionem, sed de consuetudine primogenitus solus, est comes, & gerit titulum administrationis Dignitatis.* Tiraquel. *de primog.q.4.num.49.* ibi: *Non omnes ex hoc esse Duces, Comittes, Marchiones, sed solum primogenitum qui tenet caput,* & ex Abulense refert Lara, *de Capell. lib.1.cap.7.num.9.* *Quod primogeniti, secundum omnes, aut saltem plurimas gentes, habebant dignitatem super cæteros, & quod si aliqua dignitas, vel honor erat, reveniens iure hæreditario, quæ non poterat dividi; soli primogenito competebat.* Alvarad. *de coniect.ment. defun.lib.2. cap.3. §.3. num.11.* Flores Diaz de Mena, *lib.1.variar. q.17.nu.47.* D.Molin. *lib.1.cap.11,n.24.* ibi: *Est namque regulare, vt quoties similes dignitates sint ad hæredes transitoriæ, non ad omnes filios, sed ad primogenitum tantum pertinere debeant.* D.Castill. *dict.cap.159.num.5.* P.Molin. *de iust. & iur.tom.3.tract.2.disput.581.num.5.* ibi: *Quando autem aliqua eiusmodi dignitas conceditur, exprimendo concedi alicui, & suis descendentibus, ac successoribus; tunc transit ad omnes, ad quos iuxta formam privilegij se se extendit concessio, atque in Lusitania dicitur, concessa de iuro. Cæterum ea dignitas perpetuo manet indivisa, etiam si in feudum sit concessa, vt constat ex cap. Imperialem, §. Præterea Ducatus, de prohib.feud.alien. vbi ratione dignitatis dividi prohibetur res feudalis, cui tanquam titulus est annexa, transit verò ad solum maiorem natu eorum, qui ad eam iuxta formam concessionis vocantur: regulariter quippè est, vt quãdo res est individua, vnusque tantum ex successoribus devenire ad eam debet, is sit maior natu ex descendentibus.* Et infrà: *Vbi autem consuetudo viget, vt filij omnes Ducis, Marchionis, aut Comittis, nomine eius dignitatis nuncupentur, vt in Germania, & Italia, Molina vigere refert, illi est staudum: in Hispania verò nunquam ea consuetudo inolevit,* quod etiam testatur D.Molin. *vbi supr.num.25.* ibi: *Quæ consuetudo nunquam in Hispania observata fuit.*

N.44. Y à Don Agustin, como segundogenito, no le tocò, ni pudo tocar la denominacion de Señor de Cullar, aunque tuviesse parte en ella, vt pluribus probat Tiraquel, *de primog.q.52.per totum,* quem citat D.Molin. *d.cap.11.n.24.in fine.*

N.45. Y aunque las vtilidades de la Villa de Cullar, no solo consisten en el honor de la dignidad, Señorio, y vassallage, sino tambien en los emolumentos de la jurisdiccion, que son frutos de ella, vt latissime disserit Don Matias Lagunez, *de fructibus, p.1.cap.16.vsque ad 30.* y en los demàs frutos, rentas, y aprovechamientos que se perciben de ella, que estos de su naturaleza son separados, & recipiunt divisionẽ, vt erudite probant Tiraquel. *de primog.q.4.à n.50* D.Molin. *lib.1.cap.11.num.6.& 15.* plures congerens D. Salced. *theat. honor. glos.32.num.24.* D.Solorçan. *de iur.Ind.tom.2.lib.2.cap.14.num.36.& 37.* D.Castill. *de vsufruct.cap.31.à n.18.*

N.46. Attamen, por la costumbre de España no se dividen, vt contra Boerio late probat Mieres, *p.1. q.26. à num.77. vsque ad num.114.* D.Salced. *dict.glos.32. num.26.* hablando en feudos hereditarios de dignidad, ibi: *Tenendum est attenta seriè dict. §. Præterea Ducatus similis dignitates indivisibiles esse, etiam quoad fructus, & commoditates eleganter Menoch. cons.163.num.21. Andræas*

Keninch

Keninch, *dict.cap.*3.*& num.*168. *cum absolutè iurisdictio, secundum constitutionem dicti cap. Imperialem*, §.*Præterea Ducatus indivisibilis sit*. Y aunque Rodrigo Suarez, *in leg. quoniam in prioribus ad declarationem legis Regni, limit.* 11.*in dubio* 2. defendiò, que siendo los bienes en que consiste la dignidad libres, se deben partir, y dividir entre los hijos; attamen, en el num.10. confessò, que el titulo, y denominacion de la dignidad debe quedar en el hijo mayor.

N.47. Y de lo contrario se siguieran los inconvenientes que consideran los DD. *Quia si filius primogenitus dignitatem Marchionatus haberet, & alij fratres fructus, & probentus; innanè nomen dignitatis haberet primogenitus, nec posset proprium honorem, statum, & memoriam, & imaginem maiorum sustentare, & potius cederet in damnum, quam vtilitatem, quod absurdissimum, & contra omnem rationem esset. Nam absque divitijs istæ dignitates representari nequeunt, vt trad. in q.* 1.*supra hac* 1.*p. & esset quædam communio perpetua, quam iure propter disensiones evitandas ab horrent.* Ita ad litteram considerat Mieres, *de maioratib.p.*1.*q.*26.*n.*104. y en las Encomiendas de las Indias, D.Solorç. *de iure Ind. tom.*2.*lib.*2.*cap.*12.*n.*1. *cum seq. & in politica lib.*3.*cap.*13. D.Salced. *vbi supr. num.*27. *cum seq.*

N.48. Y el hermano mayor estarà solo obligado à dar à los demàs hermanos la estimacion, vt probant Perez de Lara, *de Capellan.lib.*1.*cap.*7.*num.*26. *cum pluribus sequentibus*, & plures referens Giurb. *ad consuet. Messan. cap.*10.*gloss.*7. *tit.*16. *ad text. in leg. officium, C. communi divid.* y con Andres de Ilernia lo reconoce Rodrig. Suarez, *vbi sup. n.*9 *propè finem*, D.Molin. *de Hispan. primogen. lib.*1.*cap.*11.*num.*29. ibi: *Nam quamvis regulariter legitima omnibus filijs ex ipsis corporibus hæreditarijs præstanda sit, nec in pecunia eis invitis assignari posit, leg. scimus, §. Repletionem cum similibus, C. de inoffic. testam. speciale tamen est in his dignitatibus, vt propter earum conservationem Principatusque vnitatem vni filio assignari possint, cæterisque legitima in pecunia præstanda sit.* Y aunque los Addentes con el P.Molina, y Castillo dudan de esta opinion del señor Molina en los bienes libres, que *ad dignitatem non attinent*, en aquellos en que consiste la dignidad del Señorio, y vassallage, la siguen, y aprueban.

N.49. Y esto procede assimismo en los feudos hereditarios, y que se deben partir, y dividir entre los herederos, en que todos convienen en que la particion, y division no ha de ser, *vt auferatur corpus feudi, quia hoc imposibile esset, cum illud integrum, servata forma consuetudinis, spectat ad primogenitum, sed confertur, & in collationem nempè valor, & æstimatio feudi*, verba sunt Camilli de Cuate, *resolut. feudal. cap.* 1.*num.*105. y en las Encomiendas procede lo mismo, vt probat D.Solorç. *de iure Ind. tom.*2.*lib.*2.*cap.*14. *à num.*61. aunque no tengan anexa iurisdiccion, ni dignidad, vt ipse probat *dict. lib.* 2.*cap.*12.*n.*11.

N.50. Y en caso que se pudieran dividir, tuviera Don Andres como primogenito la eleccion de ellos, vt probant Guillermo Benedicto, *in cap. Raynutius, de testam. verb. In eodem testamento el primero, num.*111. Capicio Latro, *decis.*27.*num.*6. & 7. D.Molin. *d.lib.*1.*cap.*11.*num.*29. *in principio*, ò como mayor participe, *ex glos. in leg.*2. *C. quando, & quibus quarta pars debeatur, & in leg.*2. *C. commune de legat.* vbi electio expectat ad habentem maiorem partem in re, quia qui habet maiorem partem, debet habere maiorem prerrogatibam, vt probant Boerio, *decis.*5.*num.*5. Tiraquel. *de primog. quæst.*60. Morquecho, *de divis. bonor. lib.*1.*cap.*5. *nu.*8. D.Salgad. *labyr. p.*3.*cap.*15. *nu.*49. Picherd. *in §. Quædam* 20. *inst. de actionibus, num.*34. D.Olea, *de cess. iur. & act. tit.*7.*q.*1.*n.*17.

N.51. De que resulta notoriamente la nulidad de la transaccion de el año de 678. pues ademàs de las razones tan evidentes, y juridicas que se ponderaron en nuestra primera alegacion en los discursos tercero, y quarto, concurren las que aqui se ponderan; pues aunque se considerasse la jurisdiccion, Señorio, y vassallage de la Villa de Cullar por bienes libres, en ella tuvo la eleccion por primogenito, y por mayor participe D.Andres, cuyo derecho reside oy en D.Francisco Montenegro su nieto, Molin. *lib.*2.*cap.*4.*num.*62. Giurba, *ad Mess. cap.*10.*glos.*6.*nu.*12. Anton.Gomez, *tom.*2. *variar. cap.*11.*n.*41. & ibi Ayllon plures referens, & nos in prima *alleg. n.*82.

DISCVRSO TERCERO

SOBRE QVE SE REFORME LA SENTENCIA DE VISTA, Y SE DETERMINE toca la Villa de Cullar à de D.Francisco de Montenegro.

N.52. DEsea Don Francisco de Montenegro, que la sentencia que de este pleyto se pronunciare, tenga las circunstancias que en todas desean las leyes, y en este caso conviene notablemente à las partes.

N.53. La primera es, que sea la determinacion cierta, clara, sin duda, ni controversia alguna: *Vt omnino quantum possibile sit, certæ pecuniæ, vel rei sententiam ferat*, dixo el *§.Cumbit, de inst. de act.*

N.54. La segunda, que sea la sentencia sobre lo que se pide: *Iudex ad certam rem datus, si de alijs pronunciaverit, quàm quod ad eam rem pertinet nihil egit, l. 1. C. si à non comp. iud. l. 3. C. eod. l. 74. ff. de iudicijs, de qua re cognoscit Iudex pronunciare quoque cogendus erit.*

N.55. La tercera, que dè fin à la controversia, y determine sin calidad, ò cōdicion el pleyto, *l. 1. §. Viduum*, ibi: *Sanè quidem non est sub conditione sententia ferenda, ff. quand. appell.*

N.56. La quarta, que sea breve, y concissa, y con pocas palabras: *Nam præcepta, & iussiones* (dixo Lypsio) *quæ Principi conveniunt brebibus verbis formantur, præces autem quæ humilioribus, verbosæ, & longæ, esse debent.* Segun estas circunstancias, pretende D.Francisco, que declarada por nula la trāsaccion del año de 78. se declare toca à su mayorazgo la Villa de Cullar. Y en lo demàs en que la sentencia de vista dà providencia à la reintegracion de los 10ꝟ.ds. de renta de este mayorazgo, que en caso que se declare sobre esto, sea por auto à parte, porque esto no toca à la determinacion principal del pleyto, y esta ha de ser fixa, y aquello se puede variar, *l. quod iussit, ff. de re indicata.*

N.57. Segun estos reparos se tratarà en este discurso del derecho de Don Francisco, sobre la pretension que tiene à la jurisdiccion de Cullar, dada por nula la transaccion.

PRIMERA PRETENSION.

N.58. SObre la nulidad de la transaccion del año de 78. en que las partes declararon pertenecia al vltimo mayorazgo de 4ꝟ.ds. la Villa de Cullar, no tenemos que añadir à lo que se dixo en el papel principal, que se diò à los señores en vista, porque alli latissimamente se propuso la nulidad, *discurs. 3. à num. 66.* Y se diò respuesta à las oposiciones contrarias *à n. 111.*

N.59. Aora solo dezimos, que en ningun caso puede declararse, que la jurisdiccion sea del mayorazgo de los 4ꝟ.ds. y que sea del primogenito si.

N.60. Porque si esta disposicion de los Fundadores se tiene por vn mayorazgo, que es lo que pretendemos, es precisso que la dignidad resida en el primogenito, vt latissimè probatur in nostra alleg. principal *à num. 6. ad* 41.

N.61. Si se juzga por dos mayorazgos, no se le puede quitar al primogenito la eleccion que tiene de derecho para tomar los bienes que quisiere en que consista el mayorazgo; lo qual se probò en el papel principal, ex text. ad id expresso *in l. 7. tit. 7. lib. 5. Recop.* Alli en dos mayorazgos en q̄ el hijo mayor se halla impedido de suceder, teniendo hermano segundo, en que se halla con derecho à la succession el hijo mayor por las fundaciones, y el hijo segundo por la ley, y providēcia del Fundador, en que reciprocamente vno à otro se ha de suceder; solo el primogenito elige, y el segundo toma lo que èl dexa; porque aunque en todos sean iguales los hijos, lo que es de dignidad, y preeminencia, y honra siempre ha de ser del mayor. Optimus text. *2. Paralipom. cap. 21. ibi: Josaphat plures filios habens dedit eis multa munera auri, & argenti cum Civitatibus munitissimis in Judà, Regnum autem traddidit Joram eo quod esset primogenitus.*

N.62. Notense las palabras de la ley: *El hijo mayor, que en las dichas dos casas, assi juntas podia suceder, suceda solamente en vno de los dichos mayorazgos, el mejor, y mas principal, qual èl quisiere escoger; y el hijo, ò hija segundo suceda en el otro mayorazgo.*

N.63. *El hijo mayor*, el primogenito de la familia; porque assi como la eleccion la tiene entre los hermanos el mayor

por

por esta ley; este derecho lo transmite, y passa à todos sus descendientes, vti cum Mieres, Olea, & alijs dixi *in addit. ad meum* Roxas, *p.8. de incomp. in glos. leg. nu.* 20.

N.*64*. Luego aquel mismo derecho que el primogenito tiene para preferirse à los hermanos en todo lo que es honra, y preeminencia que consideran los DD. para hazerle dueño de todo lo que es honorifico; y por esso le dàn la administració de los bienes individuos, ò por indivisso, de la jurisdiccion comun, las llaves, los papeles de la familia, vt docent Francisc. Murc. *decis.* 839. *p.* 1. Cavalcan. *decis.* 25. *nu.* 17. *part.* 2. Amendola, *ad Franchis decis.* 386. Fontanel. *de pact. nupt. claus.* 4. *glos.* 9. *num.* 66 *p.* 2. Michalor. *de duob. fratr.* 3. *p. cap.* 37. *à n.* 3. Card. Luca, *in Theatr. tom.* 10. *de fideicomm. discurs.* 3. *num.* 4. ibi: *Hinc videmus qnod pluribus fratribus, vel alijs in communione viventibus, exercicium actuum individuorum ab vno tantum explicandorum de iure competit fratri maiori, puta retentio clavium, seu scripturarum custodia castri, & similia.*

N.*65*. Esta preeminencia, y derecho honorifico, es transcendente à todos sus successores; y por el mismo caso que sea comun la jurisdiccion, y que no sea privativa de su mayorazgo, la linea primogenita debe tener el exercicio, y la denominacion.

N.*66*. Observa esto el Cardenal Lucas en la especie de los feudos dividuos, y en los Parronatos familiares que se dexan à muchos, que la distribucion, y administracion siempre ha de ser del mayor, y primogenito, aunque en todos aya igual derecho, ita sup. *tom.* 10. *discurs.* 1. *num.* 7. & *disc.* 3. *n.* 3. & *disc.* 4. *n.* 6.

N.*67*. Para este derecho, y elecció, no es necessario que el primogenito deba ser successor en los bienes de que ha de elegir, hasta que pueda, que sea possible que tenga derecho de poder succeder, assi lo dize la ley, ibi: *El hijo mayor que en las dichas dos casas podia succeder.*

N.*68*. Luego aunque estos sean dos mayorazgos (*dos casas*, como dize la ley) en que el Fundador distribuyò la renta de los diez mil ducados, seis à la del hijo mayor, quatro à la del segundo, substituyendo reciprocamente el vno al otro, dandoles derecho de succeder; todavia el hijo mayor, y su linea, debe preferirse en la jurisdiccion. Observò tambien esto el mismo Luca *disc.* 6. à donde le pareciò, no podia tener propria naturaleza de mayorazgo el que admitia concurso simultaneo de muchos successores à vn tiempo; y assi discurriò, que verdaderamente semejante disposicion en la substancia contenia vn fideicomisso simple ordinario, divisible entre los llamados, mas todos con igual dominio, y possession, que es immediatamente contra la naturaleza de vn mayorazgo: *Et sic substantia dispositionis* (dize) *continebat simplex, ac ordinarium fideicommissum dibiduum ad favorem omnium cum eorum æquali dominio, & possessione, quod directo adversatur maioratui, vel primogenituræ.*

N.*69*. Oponese el mismo Lucas, vt in specie nostra: si es assi que el Fundador quiso divisible la succession en dos llamados, y entre ambos separò los bienes, como ordenò que fuessen indivisibles, que anduviessen vnidos? &c. vt in fundatione continetur, ibi: *Item, que los bienes sobre que es fundado este mayorazgo, sean perpetuamente de mayorazgo enagenables, imprescriptibles, è indivisibles, &c.*

N.*70*. Dize *num.* 7. vbi suprà: *Et quamvis idem testator prohibuerit divisionem, id non adversatur naturæ simplicis, fideicommissi dividui, cum passim detur hæreditatis, vel aliorum bonorum dominium commune inter plures, nedum in bonis ex sua natura dividuis, sed etiam in bonis, ac iuribus ex sua natura indibiduis.*

N.*71*. Entendido con este rigor el concepto del Fundador, todavia defiende este gravissimo Autor, que la administracion de los bienes, rentas, y distribucion ha de ser del primogenito, por disposicion de derecho; porque esto no se opone à la division que el Fundador dexò de las rentas entre sus hijos, pues es solo vn genero de administracion, y preeminencia distinta de la succession que el derecho dà al primogenito, *num.* 8. Ibidem: *Id autem, quod favorè maioris natu dispositum est, verè non continet maioratum iuxta dictam eius naturam, ac operationem, sed solum quamdam administrationem, ac præheminentiam concessam in re communi seniori, & c. Et sic est purum accidens, quod non tangit fideicommissi, vel dispositionis substantiam.*

N.*72*. Segun esta inteligencia, sea la jurisdiccion de Cullar comun, y no toque al mayorazgo con la indivisibilidad que siempre ha tenido; la eleccion ha de ser

 del

del mayor, y si no sea la denominacion, la administracion, la preeminencia, y distribucion del primogenito, que es lo que, aũque el Fundador omita, dà la ley al mayor, ibi: *Suceda solamente en vno de los dichos mayorazgos, el mejor, y mas principal, qual èl quisiere escoger.*

N.73. Y es de observar, que esta eleccion la dà ley en los mismos mayorazgos de que el primogenito ha de quedar excluido, y la dà para que elija, no solo *el mejor* en cantidad, sino tambien *el mas principal*, en dignidad, y preeminencias, vt dixi *in add. ad p. 8. cap. 6. n. 8. de incompat.*

N.74. De que se infiere à nuestro caso, que aun estando cumplida la renta de los seis mil ducados del primero mayorazgo, era razon que Don Francisco de Montenegro, como hijo, tuviesse eleccion, y pudiesse tomar, no solo en los *mejores* bienes su renta, sino tambien en los mas *principales*, como es la jurisdiccion.

N.75. Aora se manifiesta la nulidad de la transiccion, en que se halla totalmente privado del derecho, que tan manifiesto le pertenece à Don Francisco de Montenegro, aunque no se juzgasse vn mayorazgo, pactòse en ella vn arca de quatro llaves para todas las rentas, y se diò forma à la distribucion, y se transigiò la duda supuesta sobre à quien tocava la jurisdiccion de Cullar, dãdola al mayorazgo del hijo segũdo; pues si no està satisfecho el primogenito de los seis mil ducados en que debe ser preferido, como se passaron à dar al hermano menor cosa alguna?

N.76. Si como quiera que sea, la administracion vniversal de esta hazienda comun, de que se ha de sacar la renta es de el primogenito, como se le pone intervencion?

N.77. Por que ha de aver arca para todo, y la jurisdiccion ha de ser desde luego del hermano segundo?

N.78. Y si puede elegir el primogenito los bienes que quisiere, porque quitandole la eleccion se le ha de dar lo mas honorifico à su hermano menor?

N.79. Discurriendo por lo individuo de este mayorazgo, por las doctrinas formales que ay para este caso, no con diverso modo de discurso que el Cardenal Lucas, se convence lo mismo.

N.80. La razon de dudar que puede aver para que esta fundacion se repute por dos mayorazgos separados, es, ò por ser dos los Fundadores, ò dos los primeros llamados, ò por la distribucion de las rentas que quedan separadas para cada vno: por ninguna de estas razones se debe juzgar esta disposicion por dos mayorazgos: ergo à sufficienti partium enumeratione, se debe dezir lo contrario, conformandonos con la individualidad que los Fundadores expressaron.

N.81. *Por ser los Fundadores dos*; marido, y muger, no siempre se juzga por dos mayorazgos la fundacion de ambos, antes lo contrario; porq̃ tiene de si la institucion de mayorazgo, ò por su propria naturaleza la vnion, è indivisibilidad de los bienes; y para que se queden separados, se necessita de expression de los Fundadores, aliter juntandose muchos à fundar mayorazgo, se avrà de juzgar vna la fundacion de todos, vt dixi *in Add. ad Rox. p. 8. cap. 3. n. 9.*

N.82. Y aunque en lo regular se juzgassen por dos mayorazgos, vt cum D. Gregor. Lopez, Baeza, Cevallos, Castillo, Noguer. Alvarez Pegas dixi cum Roxas *vbi supr. num. 3.* tamen, quando se expressa por los Fundadores, que sea *vn mayorazgo*, y los bienes indivisibles, como repugna à la individualidad la division, se debe tener por vno el mayorazgo, ita ex eisdem AA. dixi *supr. num. 7.* ibi: *Limita Auctoris sententiam primo, quando ex verbis institutionis colligitur coniuges vnum maioratum voluisse instituere, vel si vnum tantum successorem nominaverint, vel vnionem bonorum desideraverint, & vt vadant de successore in successorem, tunc enim cum vnitati repugnet divisio, vnus & indibiduus erit maioratus.* D. Gregor. Lopez, *in l. 2. tit. 11. p. 2.* Glos. *Si dexare hijo, ò hija, q. 3. col. 3. in medio,* vers. *Sed pone,* Gutierrez, *cons. 2. nu. 6.* Cevallos, *quæst. 265. nu. 25.* D. Castillo, *dict. cap. 65. nu. 28. col. 6.* vers. *Dubium itaque,* Noguer. *alleg. 9. n. 20.* Azeved. *cons. 3. n. 30.* quibus addendus Alvar. Pegas, *de inclus. cap. 5. n. 184. & cap. 10. nu. 182. Hap. 20. num. 343. 361. & 368. & cap. 3. n. 4.* Luca *de linea legal art. 9. n. 42.*

N.83. *Por ser muchos los llamados* simultaneamente, tampoco se muda la naturaleza del mayorazgo, porque todavia se juzga por vno, y no quedan los bienes divisibles, porque todos los llamados, ò suceden como *vno*, ò se entienden llamados ordine succesivo, aunque el llamamiento tẽga la copulativa *&*, ò la disiunctiva *aut*, la

espe-

especie mas singular; y la formal de este caso es de mi abuelo D. Hermenegildo de Roxas 5.*p.de incomp.cap.4.per tot.* donde propone vn llamamiento simultaneo de tres, ita: suceda *Felipe Dionisio, y Gregorio*, y de este caso tratan Molin. *de ritu nupt. lib.3. q.24. num.31.* Gomez, Castillo, Ayllon, Censal. Mart. Cancer. Balmaseda, Barbosa, & alij à me relati ibi *num.*13.

N.84. Otra especie semejante propone Alvar. Peg. *de incluf.cap.11.num.7.* ibi: *Venit disputanda, & resolvenda quæstio substitutionis facta inter plures hoc modo* : deixo à terças as minhas quatro filhas, y por morte de vnhas à outras con vinculo demorgado. (dexo el tercio de mis bienes à mis quatro hijas, y por muerte de vnas à las otras, por via de vinculo, y mayorazgo) *sit maioratus regularis factus? Affirmativè resolvendum est, quia talis dispositio est provisio per fideicommissum, aut maioratum, ita vt vna defecta cæteræ per fideicommissum admittantur, &c.*& postea *num.29.& num.18.* ibi: *Quando sunt plures vocati an succedant ordine successivo, vel omnes admittantur, æqualiter; dicendum est, quod licèt quando plures sunt vocati debeant succedere in maioratu relicto ad familiã*, vt est text. e leg. *in l.peto, §.Fratre, ff.de legat.*2. cum alijs Fontan. *decis.*32.*nu.*24.*l.cum quidam, ff. de leg.*2. ibi: *Omnes ad petitionem fideicommissi admitti videri, l.labeo 22. §.fin.de stat.liber. omnibus deberi*, de qua re Larrea, *decis. 61. Attamen verior resolutio est, vt ordine successivo, & primogeuituræ gradatim admittantur vocati, l.cum ita, §.In fideicommisso, ff.de leg.2. &c.qui sequntur.*

N.85. *Por la distribucion de las rentas*, tampoco se debe juzgar contra la vniõ de los bienes, porque esta no se opone à ella, y assi vemos que no aviendo cosa mas individua que el derecho del vsufructo formal, sin embargo no repugna à su naturaleza, que en quanto al gozo, y comodidad se divida entre muchos, textus est ita intelligendus *in leg.vsusfructus 5.ff.de vsufr.* optime post alios Ferdin. Vain Zenegar. *in specul.iurid.de vsufr.differt.2.cap.4.num.17.* Hatom. *illustr.q.20.* Y lo mismo es de las servidumbres Reales, *ex l.viæ 17.* ibi: *Quia vsus eorum indivissus est, ff.de servitut.iunt. leg.via 5.ff.eod.l.constat 5.ff.aqua cotid.* Vrgel. *ff.lib. 25.cap.1.regul.8.*

N.86. Esta diferencia que ay entre el derecho de percebir, que es incorporal individuo, y el goze, y comodidad es textual, *in l.si vsusfructus 66.§.Quidam*, ibi: *Vt ipsum quidem ius remaneat pœnes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat, ff.de iur.dot.*

N.87. Luego por sola distribucion de la renta entre dos succeffores, no puede juzgar divisible el mayorazgo, pues se compadece mal, vt ipsum quidem ius maioratus remaneat penes vnum perceptio vero fructuum ad alium pertineat.

N.88. No basta la distribucion de la renta para hazer dos mayorazgos, era necessario que huviesse distinto derecho de suceder en los dos llamamientos, que en cada vno de por si se fundasse vn mayorazgo distinto del otro; como si el padre huviera fundado en su hijo mayor, la madre en el hijo segundo, ò ambos huvieran hecho dos fundaciones à parte, mas siendo *vna* la fundacion à favor de los dos hijos, no se puede dudar, que el derecho es individuo, y solo podrà ser divisible la commodidad por el concurso, *l.1.§.Inter dum, ff.de vsufr.acresc.* ibi: *Cum primum itaque inveniet alterum qui sibi concurrat, solus vtetur in totum, nec refert coniunctim an separatum relinquatur.*

N.89. Es notable esta diferencia para el derecho de acrescer en el vsufructo; siempre que el derecho es vno en los colegatarios, la parte vacante es del compañero; si es diverso el derecho en ellos; porque en ambos separadamente està constituido el vsufructo, no tiene derecho el vno à la porciõ de gozar que tenia el otro: *Nam videri vsumfructum constitutum non per concursum divisum*, ait Consult. *in l.2.de vsufruct.acresc.*

N.90. No se constituye derecho separado en ambos legatarios, quando vn mismo testador à los dos dexa el vsufructo del fundo, *dict.l.1.§.Inter dum ff.de vsufruct. acresc.* si solo quando divide el testador en tiempos, ò sepàra en las condiciones los legatarios, haziendolos de diversa naturaleza, *l.2.ff.eod.leg.penult.& fin.l.6.ff.eod.*

N.91. De vna misma cosa fundado mayorazgo en dos llamamientos, con vnas mismas cõdiciones, no es facil hazerle divisible: por esta razon en el Senado de Portugal sienta Cabedo, *Arrest.95.* que aviendo vn testador dexado su hazienda à dos succeffores, con obligacion que cada vno por su parte le mandasse dezir vna Missa cada dia, prosiguiò diziendo: *Y con este cargo an-*

darà

dará en sus successores, y de su generacion para siempre en la parte de cada vno juntamente.

N.92. Se disputò como se avia de entender esta fundacion, el Juez ordinario, y el de Apelaciones de la Casa de lo Civil, dixeron, que estos bienes debian quedar en vn successor, y este obligado à dar en estimacion la mitad à los successores de el otro, que es lo que se propuso en el primer discurso.

N.93. Mas en la Casa de suplicacion se determinò en revista, *que no se partiessen, y que quedassen como bienes de mayorazgo precipuos para el hijo mayor*; fueron Juezes tres tan conocidos, que sus escritos los tienen bastantemente acreditados; Gama, que escriviò las decisiones; Melo, que escriviò el tratado de inducijs debitorum; Piñero, que escriviò el de censibus.

N.94. Luego es cierto, que aunque los Fundadores sean muchos, y los llamamientos en quienes la renta se distribuya, no se deben partir los bienes, y deben quedar precipuos, como de vn solo mayorazgo para el hijo mayor.

RESPVESTA A LAS OPOSICIONES contrarias.

N.95. HEmos fundado el derecho de Don Francisco de Montenegro en la nulidad de la transaccion, probando el derecho claro que tiene à todos los bienes, de que se compone el mayorazgo de diez mil ducados, que quisieron los Fundadores dexar distribuida la renta en sus dos hijos, y los motivos que assisten à su linea para obtener la dignidad, y jurisdiccion con todos los bienes, con la obligacion de dar la renta correspondiente al hijo segundo, sin que en ningun caso, ò se considere vno, ò dos mayorazgos, se le pueda quitar la eleccion al primogenito: en lo qual se haze manifiesta la nulidad de la transaccion ab intrinseco, sin hazer ponderacion de los defectos de solemnidad, y vicios que dexamos ponderados en el papel principal. Y en esto consiste la mayor lesion de ella; porque no tanto se atiende en este contrato para la lesion à lo que dexa, ò remite, quanto à la causa, y derecho que le competia al que la otorgò, vt post Bart. *in l.2.C.de resc.vend.n.6.* observant D.Molin. *de primog.lib.4.cap.9.num.35.* Cyriac. *controu.3.num.2.* vbi probat ex text. *in l.Praeses, 12.C.de transf. l.pactum curatoris 22. ff. de pact. l.Lucius, la segunda, 46. §.fin. de adm.tutor.*

N.96. Y si esto es assi, si D.Francisco de Montenegro tenia derecho claro à la jurisdiccion; y D.Francisco de Torres, no tenia algun derecho à ella, que mas nulidad ha de tener, que averle dado al vno lo que no le tocava, y averle quitado al otro lo que tenia?

N.97. Mas contra esto se valen las otras partes de diversos medios para persuadir que Don Francisco de Montenegro no tenia, ni podia tener à la jurisdicion derecho alguno.

N.98. Lo primero, porque estos son dos mayorazgos distintos, y la jurisdicion, antes de la transaccion, fue del segundo, y por tal se posseyò por muchos años.

N.99. Lo segundo, porque el mayorazgo principal tuvo siempre su consignacion en el censo de Cartagena, con que lo que se comprò precisamente fue para el segundo.

N.100. Lo tercero, porque la jurisdiccion se comprò con las legitimas de Doña Tomasa Prebe, y su hermana, que dieron veinte y dos mil ducados, con que el mayorazgo nuestro no tiene que ver en esto.

RESPVESTA A LA PRIMERA oposicion.

N.101. SI estos son dos mayorazgos, ò vno, ya està fundado que en qualquier caso corre lo mismo à favor de D.Francisco, con que omitimos dar satisfacion à los codicilos de los Fundadores, en que dixeron dexavan los mayorazgos, porque dezir enunciar, referirse, no es disponer, ni determinar, ni alterar, ay gran distincion de vno à otro, como queda sentado sup.num.

N.102. Que la jurisdiccion antes de la transaccion fuesse del segundo mayorazgo, ò se huviesse posseido; tambien es incierto; porque ni se comprò para èl, ni se posseyò para èl; en el concepto de los primeros tutores este fue vn mayorazgo, y para èl se comprò la jurisdiccion, no se darà acto alguno en tantos papeles como ay en el pleyto, por donde conste averse comprado para el segundo mayorazgo, y en esta misma forma la possession siempre ha sido comun, administrandola los tutores con

los demàs bienes, y denominandose Señores de Cullar.

N.103. Demàs, que se implica esta pretension con la escritura de transaccion, porque si la jurisdiccion dize Don Francisco de Torres, que era de su mayorazgo, y que la posseia, para fin se otorgò la transaccion sobre esto, argument. *text. in l. Titio vsusfructus 96. in princip. ff. de condit. & demonstr.* cum alijs Valeron. *de transact. tit.* 5. *q.* 4. *nu.* 23. Imo, si algun motivo tenia antes de ella, cessò con la nueva obligacion, *cum ex transactione prior tutulus nobetur, & perimatur*, vti ex Alciato existimavit Mantica, *de tacitis, & ambiguis Conuent. lib.* 26. *tit.* 7. *num.* 11.

N.104. Y lo cierto es, que deseò D. Francisco de Torres, que por esta escritura se le dexasse la jurisdicion; y para esto considerò por parte legitima, y dueño de ella al posseedor del mayorazgo con quien contratò; porque fuera absurdo pedir al que no era dueño lo que no tenia, Mantic. *vbi supr.*

N.105. De que se sigue, que teniẽdo la jurisdiccion por este titulo, dexò de posseerla (quando la posseyesse) por el derecho que pretendia, y debiendole fundar en la transaccion, que es nula, se convence que ex nulo titulo la possee, videndus Gomez, *in leg.* 45. *Taur. num.* 97. *circa medium*; & est *text. in cap.* 1. *de transact.* ibi: *Post salubrem decisionem de controversia vestra factam decrevimus, vt omnia instrumenta, vel quidquid aliud est, quod partibus quoquo modo, vel ex temporis præscriptione, seu aliter opem, de lege, aut quocumque privilegio ferre sit vacuũ, & sola pactorum, nunc habitorum pagina, validum perpetuamque robur obtineat.*

N.106. Y asi aunque por los instrumentos, ò por la possession, ò por la disposicion de derecho tuviesse D. Francisco de Torres algun derecho à la jurisdicion, ya no se puede tratar dèl; si solo de la transaccion otorgada entre las partes el año de 78. Y si por ella no tiene fundamento, mucho menos lo puede tener por los actos antecedentes, que con la misma transaccion ya estàn sospechosos, ò innovados, ò extinguidos.

RESPUESTA A LA SEGUNDA *oposicion.*

N.107. QUe el mayorazgo principal tuviesse su consignacion en el censo de Cartagena, y consiguientemente la jurisdiccion se comprasse para el segundo, es proposicion que se opone à la fundacion, y mente de los Fundadores, y al hecho que consta de los autos, no solo en el supuesto de fingir dos mayorazgos, sino en lo demàs; porque en lo expresso, y en la mente de los Fundadores claramente dispusieron, que el mayorazgo que querian fuesse de diez mil ducados, seis para el hijo mayor, quatro para el segundo, todos en vna misma consignacion del censo de Cartagena, que entonces era de setenta mil ducados, y estava ajustado llegasse à 120ʒ. que hazian siete mil ducados de renta. Y dizen los Fundadores:

N.108. *Y si bien nuestro animo, y voluntad es que la renta del dicho censo llegue à ser de diez mil ducados en cada vn año, este aumento ha de ser en esta forma: Que todo lo que fuere corriendo del dicho censo de oy en adelante, se retenga, conserve, y guarde, sin distribuirlo en cosa alguna, por precissa que sea, hasta tanto que se ayan juntado de las dichas pensiones cinquenta y seis mil ducados, los quales se ayan de colocar, y emplear en bienes, y propriedades permanentes.*

N.108. Desuerte, que la consignacion de los diez mil ducados de renta en el todo fue el censo, y la renta del censo, y el principal avia de llegar à 176ʒ. ducados, los 120ʒ. del censo, los 56ʒ. de los reditos que se avian de guardar para el empleo en bienes rayzes.

N.109. Y estos reditos procedidos del censo, para quien se avian de emplear? para el hijo mayor, ò para el hijo segundo? Bueno fuera, que siendo procedidos de su mayorazgo, el empleo fuesse para otro: luego para èl, y para su mayorazgo avia de ser el empleo, y de alli avia de salir la renta para que el primogenito gozasse sus seis mil ducados, y el segundo sus quatro mil.

N.110. Esto es en el caso que se huviesse logrado, assi como los Fundadores lo discurrieron; pero no fue assi, porque el censo no llegò à imponerse de los 120ʒ. ducados, llegò à 95ʒ. que aun no rentava los 6ʒ. ducados para el primogenito, y en este

eſtado, año de 645. por la tranſaccion que otorgaron los intereſſados, hallandoſe con la juriſdicion que tenia ajuſtada en 37U. ducados de plata por eſcritura de venta, deſde el año de 41. otorgada à favor de D. Francisco Prebe de Montenegro, y los menores, todos convinieron, que reſpecto de averſe pagado diez y ſiete mil ducados tan ſolamẽte, y eſtarſe debiendo 19U. y tantos q̃ para pagarlos ſe vẽdieſſen todos los bienes que avian quedado de los Fundadores, y de lo que procedieſſe ſe hizieſſe pago de los 19U. ducados, y hecho tanteo de las legitimas de Doña Ana, y Doña Thomaſa Prebe, à quien ſe perjudicava, ſe les cõſignò en el cenſo de Cartagena 22U. ducados del principal de ſus legitimas, y 1100. ducados de renta en cada vn año.

N.111. En eſta forma los 17U. ducados ſe pagaron del caudal de los Fundadores, los 19U. ds. y reditos del caudal del mayorazgo, porq̃ en el efecto ſatisfaciendo de alli las legitimas de Doña Ana, y Doña Tomaſa Prebe, que ſe avian conſumido en pagarlos; no tiene duda que lo que ſe le quitò al mayorazgo para eſte efecto, ſe le diò en la juriſdicion comprada, y para eſto no ſe neceſsitò de expreſsion, porque nadie ha dudado, que lo que ſe compra con dinero del mayorazgo es para el mayorazgo, y del mayorazgo, vt tenent D. Salgad. *labyr. 2.p. cap. 24. num. 1.* Noguer. *alleg. 20. à num. 34.* Hodiern. *ad Surd. deciſ. 15. num. 27. & ſeqq.* Caſan. *conſ. 40. n. 18.* Alvarez Pegas, *de incluſ. & excluſ. tom. 1. cap. 5. nu. 327. & ſeqq. & cap. 6. n. 648.*

N.112. Por eſta razon retorquendo argumentũ oppoſitum, dezimos, que ſi el cenſo de Cartagena fue conſignacion de los ſeis mil ducados del hijo mayor, aviendoſe pagado con ellos los 20U. de la juriſdicion, eſta quedò vnicamente para el hijo mayor, porque comprada con el cenſo de aquel mayorazgo, quedò ſubrogada en ſu lugar, vt ait Pegas, *dict. nu. 648. & res empta ex pecunia maioratus, aut inducta ex re maioratus, efficitur maioratus cum omnibus qualitatibus.* Luego para el mayorazgo del hijo mayor, no para el otro que no diò el dinero, ni tenia derecho alguno en el todo de los 95U. ducados del cenſo, porque no paſſavan de ſeis mil de renta, ni en la parte de los 20U. que de ellos ſe dieron.

N.113. Haſta aqui dificultoſo es contradezir la pretenſion de eſta parte, en quanto à los 20U. ducados conſumidos en la compra de la juriſdicion, mas en quanto à los diez y ſiete que eſtavan antes pagados, y no conſta de que ſe pagaron, ſe dirà que D. Franciſco de Montenegro no funda el dominio de la juriſdicion en quanto à eſta porcion.

N.114. A que reſpondemos, ſin alterar el hecho, lo cierto es, que la juriſdicion ſe comprò para los menores ſimpliciter, ſin dezirſe, ni expreſſarſe el fin: y ſupongamos que todos adquirieron derecho, en quanto de ſus bienes dieron los diez y ſiete mil ducados, deſpues ſe acabò de pagar con los 20U. ducados del cenſo, en que convinieron todos. Pregunto, què accion tiene el mayorazgo de Don Franciſco, y que los demàs intereſſados? Don Franciſco por ſu mayorazgo en eſta juriſdicion ſubrogados en los 22U. ducados deſfalcados de ſu cenſo tiene reivindicacion, vt docent Alvar. Pegas, & alij ſuperius relati.

N.115. Los demàs intereſſados que deſpues declararon ſu animo aplicando eſta juriſdicion al mayorazgo, ya por el hecho de pagarla con el cenſo, ya expreſſandolo, como lo expreſſaron en la eſcritura de el año de 650. ſolo tienen accion al precio que dieron, à los 17U. ducados; luego no à la propiedad, ni juriſdicion, es elegante el *text. in l. ſi fundum 37. ff. mandati*, à donde tenia en vn fundo vna parte el que acetò el poder para comprar el miſmo fundo; y de hecho le comprò de otros las partes que le faltavan; preguntaſe, cumple entregando lo que comprò, ò ſe le podrà obligar à que entregue todo el fundo, y ſu parte? La reſolucion es, que todo el fundo es del mandante, y èl tiene accion à que ſe le pague el precio, ibi: *Et tuam partem viri boni arbitratu æſtimato pretio dari opportet*: & cum hac lege docet optime Sabelli, *in ſumm. tract. lib. 5. verb. Emptio, num. 33.* ibi: *Emens de mandato alterius portiones fundi, in quo ipſe emptor aliquam partem habeat, cogitur mandanti tradere non ſolum portiones aliorum emptas, ſed etiam portionem propriam ſoluto ſibi iuſto pretio: ne quod in alijs approbavit ipſe detrectet. l. ſi fundum, cum l. ſeq. ff. mandati*, Coſta, *de rat. rat. q. 2. per tot.* Gratian. *diſcept. cap. 207. num. 31.* Menoch. *de arbitr. caſu 143. n. 4.*

RES-

RESPUESTA A LA TERCERA objeccion.

N.116. PRetenden Don Tomàs Peleran, y Doña Ana Prebe, y D.Enrique Peleran, y consortes, sucessores de Doña Ana, y Doña Tomasa Prebe, hijas de los Fundadores, coadjubando el derecho de D.Francisco de Torres, y su hijo, la aprobacion de la transaccion por su interesse proprio; y para esto se valen del medio propuesto en esta tercera oposicion; porque siendo (dizen) cierto que son interessados especialmente en la jurisdicion de Cullar, que se pagò con las legitimas de las dichas Doña Tomasa, y Doña Ana Prebe, como consta de la escritura de transaccion que todos los herederos, è interessados en los bienes de los Fundadores otorgaron el año de 650. si la transaccion, como pretende Don Francisco de Montenegro, se dà por nula, nadie puede tener mejor derecho à la jurisdicion que estas partes, pues por lo que pagaron de sus legitimas deben preferirse en ella, pues se comprò con su dinero: y aunque D.Francisco de Montenegro no pretenda impugnar todos los capitulos de la transaccion, con qualquiera que contradiga abre la puerta à todos; y assi, ò ha de estar à ella, conforme à lo individuo del contrato, ò toda se ha de dar por nula.

N.117. Esta oposicion en que fundan su terceria, con solo la memoria del hecho de este pleyto està desvanecida; mas por extenso lo sentarà el Relator, aora nos contentarèmos de hazer memoria de los particulares que conducen à nuestro intento.

N.118. Quien puede dudar que vn mismo contrato otorgado por diversas partes, cada vno por su interesse, para cō vnos puede ser valido, para con otros puede ser nulo?

N.119. Todos los contratos otorgados entre partes, que vnos son mayores, y capaces para contratar, y otros menores, è incapaces de obligarse, tienen (aunque sean individuos) esta calidad, que para con los mayores son validos, y para con los menores son nulos, aquellos deben estar al contrato, estos lo puenen impugnar si quieren, ò si les es vtil, obligar à los otros à su observancia, *l.Julianus, §.Si à pupillo, ff. de act. empt.* Capyc. *decis.* 105. Gratian. *discept.* 559. *num.* 65. Sabelli, *cap.* 98. *resolut. à nu.* 11. Barbos. *vot.* 76. *num.* 112. Gomez, 2. *var. cap.* 14. *n.* 1. Covarr. *pract. cap.* 28. *nu.* 10. Giurb. *cap.* 1. *consuet. Messan. glos.* 5. *à n.* 74.

N.120. Y si se otorgasse sobre diferentes pretensiones, vnas que mirassen à bienes libres de que podian disponer los contrahentes, otras sobre bienes vinculados, de que no tienen los posseedores acciō para contratar, no tiene duda que en quanto à lo que podian valdrà el contrato, en lo que no podian no valdrà, en vno serà valido, en otro no, porque semejantes transacciones que contienen assi diversos capitulos, pueden separarse los vnos de los otros, y quedar firmes en los vnos, aunque en los otros sean nulas, Valer. *de transact. tit.* 6. *q.* 2. *n.* 6. *&* 65. ibi: *Censentur enim hoc casu tot transactiones, quod sunt capitula separata,* Clem. Merlin. *decis.* 621. *n.* 8.

N.121. En esta transaccion D.Manuel de Montenegro, como padre de Don Francisco de Montenegro, sucessor en el mayorazgo principal, por muerte de Doña Aurelia Prebe su madre, y Don Francisco de Torres, como marido de Doña Maria Prebe sucessora en la renta de los 4ɥ. ducados, y los demàs interessados en las legitimas entraron obligandose cada vno por su particular interesse, los sucessores del mayorazgo transiguiendo la jurisdicion, los interessados liquidando lo que se les debia, y dando forma à la paga de 35ɥ750. ducados que hizieron de capital con los reditos caidos, juntandolos con los 22ɥ. ducados de las legitimas.

N.122. Segun esto huvo dos contratos en esta transaccion, vno entre los sucessores del mayorazgo, en que no teniā los demàs dependencia, otro entre los interessados de las legitimas con ellos, aquel pudo ser valido, ò invalido à voluntad del menor, este pudo subsistir en quanto mirava à los bienes libres, credito de legitimas que no estàn vinculadas, y es independiente del derecho del mayorazgo.

N.123. Que por el interesse de las legitimas puedan tener derecho à la jurisdicion, es otro supuesto falsissimo; porque por la escritura otorgada el año de quarenta y cinco, entre D.Agustin Ignacio, y Don Andres su hermano, con Doña Tomasa Prebe, y Don Francisco Imperial su marido, en quien avia ya renunciado su legitima Doña

ña Ana, se entra confessando, que del caudal que avian dexado para el mayorazgo, los Fundadores, se avian entregado veinte y cinco mil ducados al censo de Cartagena, y diez y siete mil y seiscientos que se avian dado de contado para la compreda de la jurisdicion, y que solo se estavan debiendo, para acabarla de pagar, diez y nueve mil y quatrocientos ducados, que estavan obligados à pagar à plaços los administradores, por interesses de ocho por ciẽto; y para salir de este gravamen, se convinieron con la dicha Doña Tomasa Prebe, y su marido, que estos diez y nueve mil ducados, y reditos se pagassen de sus legitimas, vendiendo los bienes que les estavan señalados, y consignando à la dicha Doña Tomasa Prebe, por si, y Doña Ana su hermana, veinte y dos mil ducados, con reditos de cinco por ciento, en el censo de Cartagena.

N.124. Desuerte, que por esta escritura consta con toda claridad, que quando D. Francisco Roco de Montenegro cõprò la jurisdicion el año de quarenta y vno, en los treinta y siete mil ducados, pagò los diez y siete mil y seiscientos del caudal del Fundador, sin tocar en las legitimas; y el resto de los diez y nueve mil, y tantos, fue lo que se pagò con las legitimas.

N.125. Por esta razon es por donde se pretende tiene derecho Doña Tomasa Peleran, en la jurisdicion, y es por donde se evidencia mas que ni en quanto à la propiedad, ni dominio, ni aun accion hipotecaria, sobre la jurisdicion les quedò à los interessados en las legitimas, *l. qui aliena* 8. *C. si quis alteri, vel sibi*, cuius sus formalia verba: *Qui aliena pecunia comparat, non ei cuius nummi fuerunt, sed sibi, tam actionem empti, quam dominium, si ei tradita possessio querit, l. si ex pecunia, si vt proponit. C. de rei vind.* Pegas, *de inclus. cap.* 5. *n.* 342. Sabelli, *verb. Emptio, num.* 37. *& ex leg. quamvis* 17. *de pignorib.* cum Barbos. & alijs idem Pegas, *tom.* 7. *ad ordinat. tit.* 87. §. 4. *num.* 194. donde prueba, que no se dà accion hipotecaria, y que es necessario pacto expresso para que quede obligado lo que se compra à favor del que diò el dinero, Carleval, *de iudicijs, tit.* 3. *disp.* 28. Thoro, *in compend. decision.* verb. *Res*, Hermos. *in leg.* 49. *tit.* 5. *partit.* 5. *glos.* 1. Sabelli, *verb. Mutaum, à nu.* 8. Barbos. *in leg.* 1. *ff. solut. matrim.* 6. *part. n.* 11. *&* 12. & est bonus *text. in l. Imperator, §. fin. cum leg. seq. ff. de leg.* 2. de que se infiere, que aunque en todo se dè por nula la transaccion, no les puede quedar derecho alguno à los interessados en la legitima, y mas, que para cobrar sus veinte y dos mil ducados, y reditos, en el censo de Cartagena, conforme à las escrituras de el año de quarenta y cinco, y cinquenta, mas contra la jurisdicion que se comprò, no tienen derecho, ni accion alguna, ni hipoteca constituida, porque se huviesse acabado de pagar con su dinero, vt manet probatum.

N.126. Y aunque dàn à entender, que respeto de que esta fundacion de mayorazgo fue sin facultad Real, y consiguientemente, que por ella no se les pudo gravar sus legitimas, esto no tiene que ver con la pretension de los dichos interessados, porque no se gravaron legitimas algunas de las dichas Doña Ana, y Doña Tomasa Prebe, pues se les pagaron, y diò satisfacion, como en las mismas escrituras se enuncia, pues de los bienes de ellas se sacaron los veinte y dos mil ducados que dieron para pagar la jurisdicion, y estos quedaron consignados para satisfacion en el censo de Cartagena.

N.127. Y omitimos la nulidad que tiene la transaccion, por aver hecho capital de los trece mil setecientos y cinquenta ducados, y juntandolos cõ los veinte y dos mil, que hizieron treinta y cinco mil setecientos y cinquenta ducados, pactandose, que por razon de interesses, y reditos de ellos, se avian de pagar diez y nueve mil seiscientos y cinquenta y dos reales y medio cada año, porque en nuestra primera alegacion està verificado bastantemente que este fue vn pacto vsurario, y contra derecho.

N.128. Con lo qual queda satisfecho el reparo que resulta de esta oposiciõ, y terceria de D. Tomas Peleran.

SEGVNDA PRETENSION.

N.129. DEbiendose declarar por los medios que hemos referido, que la jurisdicion, tercias, y alcavalas de la Villa de Cullar, ò en propiedad, ò saltem, por administracion, toca al hijo mayor, se sigue por consequencia precissa, no ay causa para el sequestro que

que se manda por la sentencia, porque aun que sea cierto el arbitrio que tienen los señores Juezes, para poner cobro à los bienes sobre que se litiga, esto ha de ser, ex iusta causa, y no puede ser por sentencia difinitiua, porque si està pedido, y se ha de declarar á quien toca la jurisdiciõ, si al hijo mayor, ò al hijo segundo, ò en comun à ambos, y la administracion al primogenito, que es lo que debe contener la sentencia difinitiua iuxta ea, quæ diximus *à num.*53. no cabe, que al mismo tiempo que se le dà la jurisdiccion à qualquiera de los litigantes se le quite el vso, argum. text. *in leg. sicut* 3. *§.penult.ff.de vsufruct. amitt.* Y como el deposito, y sequestro es, causa custodię, quando es, ex mandato iudicis, y solo es permitido quãdo dubium est, ad quem pertineat possessio, *tot.tit. de sequæstr. possess. & fruct.* Al mismo tiempo que aya cosa juzgada, sobre esta jurisdiccion, como la debe aver, cessa el sequestro, Mag. *decis.* 115. Tusch. *conclus.* 213. Riccio, *colect.* 2536. Y cessa la causa justa que podia aver, con que debe cessar el sequestro. Sabelli, verb. *Sequestrum, num.* 1.

N.130. Y aunque por qualquier motiuo se debiesse passar al sequestro, y cobro de la jurisdiciõ se debia dar la custodia, y administracion de ella al hijo mayor, como dexamos probado supra *numer.*64.

N.131. Ni es suficiente motiuo el de la reintegracion de los 10ꝡ. ducados de este mayorazgo, *que en la sentencia* se propone para priuar à los sucessores de q̃ gozen de los bienes que ay oy en ser, hasta que el mayor pueda percebir los 6ꝡ. ducados, y el hijo segundo los 4ꝡ.

N.132. Porque cõsideramos, que con los alcançes que resultan contra los Administradores, que montan vn quento, y novẽta y ocho mil reales, que es lo que resulta de el alcançe de Deodato Imperial, que fue de novecientos y quatro mil Rs.

El de Vicente Imperial, de veinte y seis mil reales.

El de Don Francisco Roco de Montenegro, de ciento y siete mil.

De Don Agustin Ignacio Preue, de ocho mil reales.

El de Don Jacinto Preue, de cinquẽta y tres mil reales.

Que todos montan ciento y ocho mil ducados, con que se podia aver fundado mayorazgo de mas de los 10ꝡ. ducados de renta.

N.133. Sin embargo, esta no es causa para priuar à los sucessores de la renta que oy se percibe, y està corriente, porque no se puede imaginar culpa en el mal cobro de estas partidas, y no aviendola no ay causa para quitarles el commodo, y percepcion de los frutos.

N.134. A lo menos Don Francisco de Montenegro consta, que no fue, ni es heredero de Don Francisco Roco de Montenegro, su abuelo, conque aun à la partida de su abuelo no està obligado à dar satisfaccion alguna, y la remission de los alcances que se hizo en la transaccion, siendo el menor, y aviendola hecho Don Francisco de Torres, y su muger, y D. Manuel de Montenegro, menos le puede perjudicar siendo menor, entonces, y que tãpoco es heredero de su padre.

N.135. Y verdaderamente, que el daño, y perjuizio de estos alcances, y poco cobro que se les ha puesto, solo debe ser para quien era el emolumẽto de ellos, que por la fundacion se reconoce era del hijo segundo, pues como alli se dispone el mayorazgo de los 4ꝡ. ducados de renta se avia de imponer de las rentas que procediessen del mayorazgo del hijo mayor, y assi, si se han perdido, el daño debe ser para el hijo segundo, textus est formalis, *in l.cribit* 32.*ff.ad Trebel.* ibi: *Nouissime ait iniquum esse ad fideicommissarium damnum Pertinere, ad quem augmentum non pertineat,* si se huviera aprouechado el primogenito de estas cantidades, si las tuviera en su poder: razon era que las bolviera: mas que lo que otros se han comido, y que el descuido de los sucessores del mayorazgo de los 4ꝡ. ducados sea en su daño; parece es contra razon.

N.136. Supongamos de parte de aquellos sucessores accion real para la imposicion de los 4ꝡ. ducados, contra las rẽtas del mayorazgo de D. Francisco: no se puede negar la negligencia, y consentimiento que han prestado, para dar lugar à estos alcançes, y consiguientemente cessa el recurso contra las rentas de oy, por lo que entonces pudieron cobrar, vt docet Noguerol, *alleg.*40. *num.*60. *& seqq.* & dicit

cit Sabell. verb. *Obligatio*, *nu*.34. verſ. *Item obligatio*, Felician. *de cenſib. lib*.3. *cap. vltimo*, *pag*.206. *tom*.2. verſ. *Et ad id*, *col*.2. cum alijs quos refert Noguerol.

N.137. Se ſiguiera de lo contrario, que Don Franciſco fuera caſtigado en la perdida de los alcançes que avian procedido de las rentas de ſu mayorazgo, y en otra tanta cantidad que oy de ellas ſe le quitaſſe para la impoſicion de los 4ÿ. ducados.

N.138. Y quando no ſea eſto, ponenle intervencion en la renta, por la reintegracion de los 4ÿ. ducados, que ya debian eſtar impueſtos, y que no ha ſido culpa ſuya, es à todas luzes iniquo, y ſe opone à la voluntad de los Fundadores, que de las primeras rentas quiſieron la impoſicion, no de todas in perpetuum, y pues el mayorazgo de D. Franciſco no eſtà obligado à ſanear los 4ÿ. ducados. Guzman, *de euict. quæſt.* meus Roxas, 5. *part. cap. fin. num*.123.

N.139. No ay coſa mas notoria q̃ la penſion, y carga real á que eſtà obligado el poſſeedor de vna dignidad, ò beneficio, y ſin embargo por lo corrido de el tiempo del anteceſſor, no ay recurſo, ſino es probando la diligencia de cobrar de aquel que gozò los frutos obligados à los reditos que ſe piden: porque fuera iniquo que el que no percibiò los frutos quedaſſe obligado à pagar la penſion, vt ait Barboſa, *de penſ*. 1. *part. quæſt*.2. *num*.47. *&* 2. *part. quæſt*.15. *à num*.3. *&* *quæſt*.7. *part*. 1. *num*. 20. *&* 21. & ita docent Burat. *deciſ.* 448. vbi Ferantill. *num*.10. Garcia, *de beneſic*. 1. *part. cap*.5. *num*. 199. Gratian. *diſcept. cap*.49. *num*.52. Marcſcot. 2. *var. cap*. 18. *num*.54. vidend. Sabell. verb. *Penſio*, & ibi relati.

N.140. Y el ſeñor D. Juan del Caſtillo, *tom*.6. *cap*.161. *à num*.32. por eſta razon dudo mucho, que el ſucceſſor en vn mayorazgo pudieſſe quedar obligado à pagar los reditos de vn cenſo del tiempo de ſu anteceſſor, pudiendo el cenſualiſta averlos cobrado de el que percibiò los frutos.

N.141. Seſenta años à que ſe fundò eſte mayorazgo, y que murieron los Fundadores, en que abrà rentado el caudal que dexarõ mas de quatrocientos mil ducados, y pudiera muy bien averſe reintegrado el mayorazgo, no haſtà diez, ſino mas de 20ÿ. ducados de renta; pues que mocino puede auer, para que oy D. Franciſco pague lo que podia ya eſtar cobrado, ſi los intereſſados no huvieran lleuado el fin de aproucharſe de las rentas, ſin cuidar que ſe cumplieſſe la voluntad de los Fundadores.

TERCERA PRETENSION.

N.142. Dize la ſentencia de viſta, demàs del ſequeſtro de la juriſdiccion, que para reintegrar los 10ÿ. ducados de eſte mayorazgo ſe cobren, y hagan diligencias por los alcançes de los Adminiſtradores. Y de lo que procediere del cenſo de Cartagena, tercias, y alcaualas de Cullar, dando à Don Franciſco de Montenegro 1200. ducados, y á D. Joſeph Antonio de Torres 800. ducados por via de alimentos, con lo demás, ſe vaya extinguiendo la deuda de las legitimas, y reintegrando el mayorazgo.

N.143. Y dexando la ponderaciõ que ſe ha hecho ſobre que oy no ſe le puede obligar à Don Franciſco de Montenegro à eſta reintegracion, porque los frutos, y rentas preſentes no la deben, vt ſupra diximus.

N.144. Y que en quanto à la redencion, y extincion de el debito de los 22ÿ. ducados de las legitimas es juſtiſsima la determinacion, porque todos los ſucceſſores de mayorazgos eſtàn obligados à libertar los bienes de los grauamenes que tuvieren, y con eſta calidad entran à ſuceder, y aun por eſſo las facultades que ſe conceden para grauar los bienes lleuan eſta condicion: que es para lo que ſe ſuele diſponer en la Camara Juez de deſempeños de mayorazgos, vt hæc omnia dixi ad Roxas, 8. *part. cap*.4. *à num*.28. ad text. *in l*.66. *tit*.4. *lib*.2. *Recop*.

N.145. Y que en quanto á dar á D. Joſeph Antonio de Torres la renta de los 800. ducados, tercia parte menos que Don Franciſco de Montenegro: es neceſſario tener preſente la fundacion en que eſtá preuenido, que ſucediendo algun hijo de familia no goze de la renta, ſi tan ſolo de la decima parte, y lo demàs ſe imponga, *clauſula* 6. ibi: *Item, que ſi en eſte nueſtro mayorazgo, conforme à los llamamien-*

tos

tos de èl, viniere à suceder algun hijo de familias, que su padre no pueda gozar del vsufructo de los bienes de este mayorazgo del siempo que estuviere en su poder, sino solo aya para si la decima parte del vsufructo, y todo lo demàs se convierta en augmento de este mayorazgo. Conque si oy estuviera enteramente cumplida la renta de los 10ñ. ducados el successor en los 4ñ. solo podia percebir 400. vease como se le pueden señalar 800. si se juzga no està reintegrado el mayorazgo.

N.146. Sin embargo, para salir de vna vez de pleytos, y que aya final, y segura determinacion, se ha discurrido por Don Francisco de Montenegro, vn medio que totalmente acaba el litigio: porque considerando, que en el censo de Cartagena ay ya conforme al capital 63ñ700. reales de renta, se ha allanado à tomar la jurisdiccion, rentas de tercias, y alcaualas en 4500. ducados de renta, que juntos cō la renta del censo ay cada año ciento y doze mil y docientos reales, que hazen los diez mil ducados de el mayorazgo, y docientos para la renta de las legitimas, que solo faltan 300. ducados para la renta de ellas, que por ser tan grandes los alcances no serà dificil, que con lo que de ellos se cobrare se pueda extinguir esta deuda, y que de el mayorazgo con su renta de diez mil ducados entera.

N.147. Esta pretension en quanto à la jurisdiccion que por los 4ñ. ducados quiere posseerla priuatiuamente el primo genito, es legal, y juridica, porque las cosas que no tienen commoda divisssion, menos inconveniente es adjudicarlas á vno, que dividirlas, y el primogenito, que es porcionista, puede obligar à los otros á que le vendan, y dexen la parte que tuvieren, pagandoles en estimacion lo que les toca, vt docet Menoch. *de arbitrar. lib.* 2. *cent.*2. *casu* 123. & probant text. *in l. ad officium*, §.1. *C.comm.diuid. l. non amplius*, §. *cum bonorum, ff. de legat.* 1. ibi: *In his tamen rebus partem dare hæres compeletur, quæ sine damno diuidi possunt; sin autem, vel naturaliter indiuissæ sunt, vel sine damno diuisio earum fieri non potest, æstimatio ab herede omnino præstanda est*, & affirmat quoad prelationē primogeniti, *num.*11. *&* 12.

N.148. Y aunque podia ser la pretension de Don Francisco tomar la jurisdiccion en lo que costò, que fue mucho menos, ò en lo que verdaderamente redituasse, que por los autos consta que no alcança à tres mil y quinientos ducados, que es la forma de estimar las jurisdicciones, ò respecto del valor que tienen, reputando los reditos à 5. por 100. ò respecto de los reditos, vt ait latè doctissimus Roxas, 8. *part. cap.*4. *à num.*11.

N.149. Sin embargo, por quitarse de dudas, aunque la tenia pedida por 4ñ. ducados, introduxo la mesma pretension, y à visto el pleyto en 4ñ500. porque el arbitrio de los Señores pudiesse estenderse, y dar forma à que se acabe este litigio. Y es muy de atender, que conforme lo que se ha alegado por las partes no ay quien pueda tener derecho alguno à este jurisdiccion si no es Don Francisco de Montenegro; porque Don Francisco de Torres confiessa se comprò, y pagò todo su valor de los reditos de el censo del mayorazgo, en su peticion visto el pleyto, fol.194. Y segun lo que antes tenia alegado, si el censo es del mayorazgo, y con sus reditos se comprò; tambien la jurisdiccion como el censo deberà ser del mismo mayorazgo, y aunque por parte de Don Tomas Peleran se alega fol.201. que no se comprò si no con la hazienda que quedò de los Fundadores, conque no puede fundar derecho alguno el hijo segundo á ella, y assi no se puede considerar agrauio en adjudicarla al primogenito, pues no es del segundo.

N.150. Conforme à estas pretensiones, pretende Don Francisco se determine à su fauor, como lo espera. Salva, &c.

Licenc. Don Juan de Arroyo Guerrero.

Licenc. Don Fernando Alphonso del Aguila.